

THÈSE DE  
PARIS.  
1888  
N<sup>o</sup>. 108.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

---

DROIT ROMAIN

---

QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI

---

ET DE LA LÉGITIME

---

DROIT FRANÇAIS

---

NATURE DE LA RÉSERVE LÉGALE

---

ET DES

---

PERSONNES QUI Y ONT DROIT

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

---

PAR

---

OSCAR N. NICOLESCO

---

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

---

1888











THÈSE  
POUR LE DOCTORAT





FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

---

DROIT ROMAIN

---

QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI  
ET DE LA LÉGITIME

---

DROIT FRANÇAIS

---

NATURE DE LA RÉSERVE LÉGALE  
ET DES  
PERSONNES QUI Y ONT DROIT

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

---

*L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le samedi  
23 juin 1888, à 1 heure.*

PAR

OSCAR N. NICOLESCO

*Président : M. GARSONNET.*

*Suffragants :* { MM. DUVERGER. } *Professeurs.*  
                  { BOISTEL. }  
                  { CHAVEGRIN, Agrégé,

---

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

---

1888



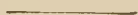
A MON PERE

A MA MÈRE





# PREMIÈRE PARTIE



DROIT ROMAIN

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



# DROIT ROMAIN

DE LA

## QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI

### ET DE LA LÉGITIME

---

#### LISTE DES AUTEURS CITÉS

ACCARIAS. — *Précis de droit romain*, 3<sup>me</sup> et 4<sup>me</sup> éd. (1882 et 1886).  
Paris, 2 vol.

ARNDTS. — *Lehrbuch der Pandekten*, Stuttgart, 1883.

BEAUTEMPS-BEAUPRÉ. — *De la portion de biens disponible et de la réduction*, Paris, 1855, 2 vol.

BETHMANN-HOLLWEG. — *Ueber Competenz des centumviral. gerichts.* dans *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaften*, herausgegeben von, Savigny, Eichkorn, und Göschel...  
Berlin, 1825, t. V.

BLUNTSCHLI. — *Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen*. Bonn. 1829.

BOISSONADE. — *Histoire de la réserve héréditaire*, Paris, 1873.

BONJEAN. — *Traité des actions*. Paris, 1845, 2 vol.

BONNIER sur Ortolan. — *Explication historique des Institutes*.

BOUCHÉ-LECLERCQ. — *Manuel des Institutions romaines*. Paris, 1886.

BRINZ. — *Lehrbuch der Pandekten*. Erlangen, 1871.

BROCHER. — *Etude historique et philosophique sur la légitime et les réserves en matière de succession héréditaire*. Paris et Genève, 1869.

- CHÉNON. — *Le tribunal centumviral*. Paris, 1881.
- CICÉRON. — *De oratore*.
- COHEN. — *Description historique des monnaies frappées sous l'Empire romain, 1859-1862*, 7 vol.
- COLUMELLE. — *De re rustica*.
- CUENOT. — *Des droits de légitime et de réserve*. Paris, 1877.
- CUJAS. — *Com. ad tit de inof. testamento*.
- DAREMBERG et SAGLIO. — *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*. Paris, 1873.
- DENYS D'HALICARNASSE. — *Antiquités romaines*, trad. en français par P. de Jay.
- DEMANGEAT. — *Cours de droit romain*. Paris, 1876, 2 vol.
- DÉSOMBRY. — *Rome au siècle d'Auguste*, 4 vol.
- DONEAU. — *Comm. de jure civili*.
- DUCAURROY. — *Institutes de Justinien traduites et expliquées*, 1851, 2 vol.
- FESTUS. — *De verborum significatione*.
- FRANCKE. — *Das Recht der Notherben*. Göttingen, 1831.
- FRESQUET (DE) — *Traité élémentaire de droit romain*, 1855 2 vol.
- *Revue historique de droit français et étranger*, 1855, (avril-mai).
- FOURNIER (MARCEL). — *Essai sur le droit d'appel*, Paris, 1881.
- FUSTEL DE COULANGES. — *La Cité antique*, Paris, 1885.
- GEIB. — *Geschichte des römisch . Criminalprocess*. Leipsig, 1842.
- GIDE. — *De la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine*, (édit Esmein), 1885.
- GIRAUD. — *Les tables de Salpensa et de Malaga*, Paris, 1856.
- GIRAUD-TEULON. — *De l'origine de la famille*.
- GLASSON. — *Étude sur Gaius*, 1885.
- GRELLET-DUMAZEAU. — *Le barreau à Rome*, 1851.
- GLUCK. — *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*. Erlanger, 1800-1830 ; continué par Mühlenbrück.
- GUÉRARD. — *Essai sur l'histoire privée du droit des Romains*, 1841.
- HARMENOPULI. — *Prom. juris civilis*. Genevæ, 1587.

- HENRIOT. — *Les poètes juristes ou remarques des poètes latins sur les lois, le droit civil, le droit criminel*. 1858, Paris.
- *Mœurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome d'après les poètes latins*. 1865, 3 vol.
- HUSCHKE. — *Usucapio pro herede* dans *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaften*, t. XIV.
- IHERING. — *Esprit du droit romain dans les différentes phases de son développement*, traduit en français par Meulenaere, 1877-78, 4 vol.
- JANET (PAUL). — *La famille*.
- KALINDÉRO. — *Droit prétorien et réponses des Prudents*. Paris, 1885.
- KELLER. — *Des actions sur les Romains*, trad. de l'allemand par Ch. Capmas, 1870.
- KÖNIGSWARTER. — *Histoire de l'organisation de la famille en France*.
- KOPPEN. — *System des heutigen Erbrechts*. Leipzig, 1862-1864.
- LABBÉ. — *De la manière de calculer la réserve*.
- LAFFERRIÈRE. — *Histoire du droit français*, 6 vol. 1846-1858.
- LATREILLE (JACQUES). — *Histoire des Institutions judiciaires des Romains*, 1870.
- MACHELARD. — *Dissertations de droit romain et de droit français*, 1882, (éd. Labbé).
- *Obligations naturelles en droit romain*, 1861.
- MAREZOLL. — *Droit privé des Romains*, traduit de l'allemand par Pellat, 1852.
- MAYNZ., — *Cours de droit romain*, 3 vol. Bruxelles, 1877.
- MICHEL (HENRY). — *Du droit de cité romaine*, 1885.
- MISPOULET. — *Etudes d'institutions romaines*. 1887.
- MUHLENBRUCK. — *Continuation de l'ouvrage cité de Glück depuis 1832*.
- NIEBUHR. — *Histoire romaine*, trad. de l'allemand par Golbéry 1830, t. VI.
- NOODT. — *Comm in Dig*,
- ORTOLAN. — *Explication historique des Institutes de Justinien*. 3 vol. 1883, éd. Labbé.
- PEREZ. — *Praelect. in Cod*.

- PILETTE. *Le concubinat en droit romain dans la Revue historique de droit*. Année 1865.
- PITISCUS. — *Lexicon antiquitatum romanarum*.
- PLINE LE JEUNE. — *Epistolae*.
- PUCHTA. — *Pandekten*. Leipzig, 1853, 7<sup>me</sup> éd.
- POTHIER. — *Pand in nov. ord. Comm ad tit. de inof. testa.*
- QUINTILIANUS. — *De institutione oratoria*.
- RAGON. — *De la rétention et de l'imputation des dons faits à des successibles*, 2 vol. 1862.
- RIVIÈRE. — *Traité des successions à cause de mort en droit romain*.
- SAVIGNY (DE). — *Traité de droit romain trad. en français par Guénoux*, 8 vol.
- SCHULLING. — *Jurisp. vetus in Dig et Cod.*
- SUÉTONE. — *Vies des douze Césars*.
- TACITE. — *Annales*.
- THIBAUT. — *System. des Pandektenrechts*.
- TROPLONG. — *Commentaire du titre des donations et testaments*. 1872, 4 vol.
- VALÈRE (MAXIME). — *Factorum dictorumque memorabilium libri IX*.
- VANGEROW. — *Lehrbuch der Pandekten*, 3 vol. 1862.
- VERNET. — *Traité de la quotité disponible*, 1855.
- VINIUS. — *Comm ad Instit. lib. II, tit. XVIII*.
- VOET. — *Comm ad tit de inof testamento*.
- WALTER. — *Geschichte des römisch. Rechts*. Bonn. 1860.
- WEBER. — *Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocess (Anmerkungen von Heffter, 1832)*.
- WINDSCHEID. — *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Düsseldorf, 1875, 3 vol.
- ZIMMER. — *Traité des actions chez les Romains traduit par Etienne*, 1846.
- ZUMPT. — *Ueber Ursprung, Form und Bedeutung des cent. gericht. — Gelesen in Akademie der Wissenschaften am 30 Nov. 1837*). — Hist. phil. Abhand.



## INTRODUCTION

SOMMAIRE : 1. Organisation de la famille romaine, omnipotence du *paterfamilias* — 2. Liberté de tester. — 3. Restrictions qu'on y apporta — 4. L'exhérédation, ses formes. — 5. Institution de la *querela inofficiosi testamenti*.

1. — La famille romaine diffère essentiellement de la nôtre : tandis que chez nous, la base de la famille est le lien du sang, produit par le mariage et la génération, à Rome, elle est tout autre. Ce n'est ni la naissance, ni l'affection ; le lien qui unit les différents membres, dont elle se compose, est la religion du foyer et des ancêtres. Je n'ai pas à prouver ce point. M. Fustel de Coulanges, dans son remarquable ouvrage, intitulé *La cité antique* en a fourni la preuve la plus complète. Chaque famille qui est une association religieuse plus encore qu'une association de nature<sup>1</sup> a son culte privé, ses *sacra privata*, ses dieux propres, (les génies des ancêtres, occupés à protéger la personne et les biens de leurs descendants)<sup>2</sup> ses cérémonies, ses fêtes particulières, ses formules de prières et ses hymnes. Le chef de cette religion domestique, c'est le *paterfamilias*, qui est en même temps le chef de la famille, l'être omnipotent.

<sup>1</sup> Fustel de Coulanges : *op. cit.* p. 41. (11<sup>e</sup> ed. 1885).

<sup>2</sup> Les Dieux des autres familles sont des Dieux hostiles.

Lui seul est prêtre, lui seul est en contact direct avec l'autel où se trouvent les images des Pénates ou Lares. « C'est là que le matin, entouré de ses enfants et de ses esclaves, il vient faire sa prière, là qu'il offre, avant de se mettre à table, les prémices du repas<sup>1</sup> ». Ce culte forme un patrimoine, une propriété sacrée. A sa mort, le *pater* fait lui-même partie des Lares et reçoit le culte de ses enfants. Tous ceux qui prient les mêmes dieux sont parents et se trouvent placés sous la puissance du même père de famille.

Dans l'intérieur de sa maison, son foyer et son temple, outre son rôle de pontife, il en a un autre tout aussi important. Chaque famille a sa justice et c'est le père qui est le législateur, le magistrat, le justicier ; il constitue un tribunal domestique, siégeant au nom de la famille, sous les yeux des divinités et n'étant responsable qu'envers sa conscience et sa religion. Si une personne soumise à sa puissance commet une violence sur une autre personne également soumise à sa puissance, le *paterfamilias* intervient, le juge et prononce la sentence ; il peut le condamner à mort ; sa décision est irrévocable ; le condamné ne peut pas aller devant le Préteur ou devant le Consul, pour faire modifier cet arrêt.

A l'égard de ses enfants, il jouit du même droit de vie et de mort (*jus occidendi* ; *vitæque necisque jus*)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Bouché-Leclercq. *Manuel des Institutions romaines* (1886), p. 465.

<sup>2</sup> Paul. loi 11, de *liberis* XXVIII, 2 : *Nec obstat quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat*. — Dans ces derniers temps, on s'est demandé si le père de famille avait réellement, à Rome, le pouvoir de vie et de mort sur son enfant. M. de Fresquet (*Revue historique de droit français et étranger*, année 1855 p. 125, 133 et s.) le nie, en s'appuyant sur l'autorité de Valère Maxime (Lib. II, cap. 8) ; de Tite Live (Lib. II), et de Sénèque (*de clementia* I).

Comment expliquer ce pouvoir absolu? J'estime qu'il faut le rattacher au droit de justice: en effet, du moment que le père est dans sa famille, le juge suprême, il est nécessaire dans l'intérêt même de cette justice, dont il est investi, qu'il ait à sa disposition les peines les plus graves comme les moins fortes<sup>1</sup>. Mais n'y a-t-il pas un danger? Ne peut-on pas craindre que le père abuse de ce pouvoir? On pense que la tendresse du *paterfamilias* pour son enfant, la religion, l'opinion publique, sont des garanties, qu'il ne l'exercera pas arbitrairement. Plus tard quand les mœurs se relâchèrent, quand la corruption altéra leur autorité primitive, quand le sentiment religieux ne fut plus aussi vif qu'il était au début de la société, ces garanties ne furent plus suffisantes; aussi sous l'Empire prit-on des mesures pour que le *paterfamilias* n'abusât de sa puissance qui *in pietate debet, non in atrocitate consistere debet*<sup>2</sup>.

Outre ce droit exorbitant, dont je viens de parler, le père en a un autre, celui d'exposer ses enfants nouveau-nés, c'est-à-dire de les abandonner sur la voie

<sup>1</sup> Dans une autre opinion on explique le droit de vie et de mort, par cette idée que le père personnifiait la famille: il peut tuer son fils comme il peut se faire couper le bras, si telle est sa volonté. — Dans une troisième opinion, on dit que le droit de puissance paternelle est analogue au droit de propriété: le père est propriétaire de ses enfants, et de même qu'il peut détruire sa chose, de même il peut mettre à mort son fils. Voyez sur ce point M. Fustel de Coulanges, *op. cit.* « *L'autorité dans la famille* » p. 403.

<sup>2</sup> Plusieurs décisions des Empereurs Trajan, Adrien, et Constantin, adoucirent considérablement le *ius vitæ necisque*, qui devint un simple droit de correction renfermé dans de justes limites, voy. loi 5, Dig. de *lege Pompeia et parric* XLVIII, 9 — loi 5, Dig. *si quis a parente manumissas sit* XXXVII, 12. — loi 4. Code, de *his qui parentes, vel liberos occiderunt*, IX, 17.

publique sans encourir aucune peine. Aussitôt que l'enfant vient au monde, on le dépose à terre aux pieds de son père ; s'il le prend dans ses bras, c'est qu'il le reconnaît, et veut qu'on le nourrisse ; s'il le laisse, au contraire, à ses pieds, il déclare par là qu'il l'abandonne et on va alors l'exposer <sup>1</sup>. Donc, comme dit un auteur, on *n'élevait* les enfants que si *le paterfamilias* les avait *relevés* <sup>2</sup>. Cela nous explique les expressions *suscipere liberos*, que nous trouvons dans les textes et qui signifient *avoir des enfants* <sup>3</sup>.

Le père peut aussi vendre ses enfants. Ce droit lui fut accordé par Romulus (au dire de Denys d'Halicarnasse <sup>4</sup>) sans craindre qu'on lui pût reprocher qu'un pouvoir de cette étendue ressentait la cruauté et foulait aux pieds les plus douces affections de la nature. Numa y apporta un tempérament en décidant que le citoyen marié ne pourrait plus être vendu, mais la loi des XII Tables consacra la disposition du fondateur de Rome. — Lorsqu'il s'agit d'un fils, ce n'est qu'après la troisième vente ou *mancipatio* que la puissance paternelle est éteinte ; une seule mancipation suffit pour qu'un esclave devienne la propriété de l'acheteur. Il en est de même pour une

<sup>1</sup> Ch. Dezobry. *Rome au siècle d'Auguste*, t. II, lettre LIV, p. 418. — voy. aussi Henriot : *Mœurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome, d'après les poètes latins*. t. I, p. 343.

<sup>2</sup> Giraud-Teulon : *Origine de la famille* p. 205.

<sup>3</sup> L'empereur Constantin décida que le père qui exposerait son enfant perdrait la puissance paternelle ; et Valentinien punit de mort celui qui voudrait faire mourir un nouveau-né en l'exposant. Voy. loi 8. Code *ad legem Corn. de Sicariis* IX, 16 — l. 6. Code *de patr. potestate* VIII, 47 — loi 16. Code *de nuptiis* v. 4.

<sup>4</sup> Denys d'Halicarnasse : *Antiquités romaines* traduit en français par P. de Jay. t. II, § 27, p. 124.



filles ou pour un descendant d'un degré plus éloigné<sup>1</sup>.

J'ai dit que chaque famille a son culte, sa justice; il faut ajouter qu'elle a aussi un patrimoine. Les fils de famille n'ont pas de biens, tout ce qu'ils acquièrent par leur travail, par leur talent profite au père, devient sa propriété; ce sont eux qui enrichissent la famille. Quoique n'ayant pas de personnalité par eux-mêmes, ils sont pourtant capables de faire des actes juridiques pour le *paterfamilias* et acquérir pour lui les droits qui doivent résulter de pareils actes<sup>2</sup>. Deviennent-ils créanciers? la créance appartiendra de plein droit au père comme si c'était lui qui avait stipulé: reçoivent-ils une libéralité? la donation ou le legs viendra augmenter le patrimoine du père de famille comme si c'était lui le véritable donataire ou légataire: il y a donc unité entre le père et les personnes soumises à sa puissance, en d'autres termes, la personnalité des enfants est absorbée dans celle du chef de famille. — C'est ce dernier qui administre le patrimoine unique et en est le propriétaire, il peut en disposer comme bon lui semble, soit entre vifs, soit par testament et en priver complètement ses enfants<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Dioclétien prohiba la vente des enfants, loi 1 Code de *patr. qui fil distr.* IV, 43. Mais cette loi produisit un effet malheureux: la misère étant grande et le père ne pouvant vendre son enfant, recourait à l'exposition. Constantin ne permit que la vente de l'enfant *adhuc sanguinolentus*, pour empêcher les infanticides (loi I, C. Th. V, 8). Justinien reproduisit la constitution de Constantin et ajouta que toute personne en désintéressant l'acheteur, pourrait *repetere ad ingenuitatem propriam* l'enfant qui a été vendu.

<sup>2</sup> Maynz. *Cours de droit romain*, 4<sup>e</sup> édition 1887, § 325, p. 81, t. III.

<sup>3</sup> Sous l'Empire ce principe fut modifié par la création des *pécules castrense, quasi castrense et advestice*. Le fils devint capable d'être propriétaire et créancier pour son propre compte et avoir un véritable patrimoine.

En résumé, chaque famille a son culte, son tribunal, son patrimoine : à sa tête se trouve le *paterfamilias*, qui réunit la simple qualité de prêtre, juge et administrateur. C'est donc avec raison que l'on a dit que la famille, à Rome, formait un corps organisé : un petit état, dans le grand état. — Comment expliquer cette omnipotence du père ? Elle s'explique par la religion : il y a dans chaque maison quelque chose de supérieur au père lui-même : c'est la divinité, le *Lar familiæ Pater*, c'est à ce Dieu qu'appartient l'autorité absolue dans la famille ; mais il la délègue au père avec lequel il est en communication <sup>1</sup>.

2. — A la mort du *paterfamilias* que vont devenir les *sacra privata*, le patrimoine ? Ils formeront la succession du défunt et alors de deux choses, l'une : ou bien il est mort *intestat*, c'est-à-dire sans avoir fait de testament, ou bien il en a laissé un. Dans le premier cas c'est la loi elle-même qui règle la dévolution de la succession : la loi des XII Tables appelle, en première ligne, les héritiers siens ; après eux, les agnats, c'est-à-dire tous ceux qui sont sous la même puissance ou qui y se-

<sup>1</sup> Fustel de Coulanges, *op. cit. autorité dans la famille*, p. 93.

Voici comment s'exprime M. Paul Janet. (*La famille* p. 109), en parlant de la puissance paternelle romaine : « Tout le pouvoir du « père sur l'enfant est limité par l'intérêt et les devoirs de l'enfant lui-même ; au delà de ce qui peut être utile à son existence physique « et morale, le père ne peut rien ; il ne peut donc pas avoir le droit « exorbitant de condamner son enfant soit à mort soit à l'esclavage. « C'était confondre le pouvoir paternel avec la magistrature politique : ce n'est qu'au point de vue de l'intérêt social qu'un être « humain peut être mis à mort ou réduit en captivité ; or, le père « ne représente pas la société ; il représente l'enfant lui-même, il « est la raison de l'enfant. La famille ne doit pas plus usurper le « gouvernement politique que le gouvernement de la famille ».

raient si le père de famille commun vivait encore<sup>1</sup> et à défaut d'agnats, les *gentiles*<sup>2</sup>. Mais il est rare que le défunt ne désigne pas lui-même son héritier, car les Romains ont une préférence marquée pour les hérédités testamentaires et mourir *intestat* leur paraît un malheur. — Plusieurs raisons expliquent cette préférence.

1° Une personne ayant de nombreux créanciers, étant insolvable et craignant que sa succession soit répudiée de tous, institue pour héritier un de ses esclaves. Cet esclave, étant *heres necessarius*, succède malgré lui ; de cette manière, les biens du testateur sont vendus au nom de l'esclave, qui reçoit toute la flétrissure de la *bonorum venditio* ; mais le nom et la mémoire du défunt sont sauvegardés.

2° Si le père de famille veut faire un legs ou donner un tuteur à ses enfants ou affranchir un esclave sans s'en priver cependant avant de mourir, il doit faire son testament ; or, cet acte n'est valable que s'il institue un héritier, l'institution étant *caput et fundamentum totius testamenti*<sup>3</sup>.

3° En testant, le père de famille a la certitude de faire passer après sa mort, ses *sacra privata*, en des mains

<sup>1</sup> Loi 195 § 2. Dig. de verb. signif. L. 16.

<sup>2</sup> Le droit primitif ne tint compte que de la parenté civile reconnue par la religion domestique. La jurisprudence postérieure substitua les cognats aux agnats. — M. Fustel de Coulanges (*op. cit.* p. 91 et s.) prétend que le droit d'aînesse n'était pas inconnu dans l'antique Italie. Je n'en suis pas convaincu, car aucun vestige, dans les sources, ne trahit son existence dans les mœurs romaines. Voy. dans ce sens ; M. Labbé, sur Ortolan. *Explication historique des Institutes*, t. II, App. I, du liv. III, p. 798 (1882).

<sup>3</sup> Gaius. Com. II, § 229.

dignes. L'héritier légitime peut, en effet, s'exonérer de cette charge, en cédant *in jure* à une tierce personne, l'hérédité acquise par la loi, en exigeant un prix pour la cession. L'héritier testamentaire, au contraire, ne jouit pas de cette faculté : il doit accepter la succession purement et simplement avec la charge des *sacra privata* ou bien y renoncer. Mais, si le défunt meurt solvable, il est peu disposé à la répudier <sup>1</sup>.

Mais le testateur jouit-il d'une liberté absolue de tester?

La législation romaine ne connut pas, à l'origine, le principe de la liberté de tester. Quand le père de famille voulait faire son testament, il devait le faire, *calatis comitiis*, c'est-à-dire devant le peuple réuni dans les comices curiates et en présence des pontifes. C'était la seule forme usitée au début. Si le peuple intervenait, c'est parce que la propriété individuelle des Romains dérivait d'une concession de l'Etat, qui avait retenu sur les biens attribués à chaque citoyen une sorte de *dominium*; dès lors rien de surprenant qu'il exercât un contrôle sur la transmission de ces biens. — Quant aux pontifes, leur participation s'explique par cette considération que l'hérédité du testateur comprenait aussi les *sacra privata*. — Quel était le rôle des comices dans cette occasion ? votaient-elles ou bien remplissaient-elles simplement l'office de témoins ? C'est une question discutée parmi les interprètes du droit romain. Je crois, pour ma part, qu'elles votaient. Il serait vraiment puéril que le peuple romain tout entier eût été convoqué pour assister comme témoin à la confection d'un testament, dans le but unique de constater un fait ; si tel était

<sup>1</sup> M. Accarias. *Précis de droit romain*, (3<sup>e</sup> édit. (1882), t. I, p. 794.

le rôle des comices, on aurait pu parvenir au même résultat, grâce au concours de quelques personnes seulement, et on aurait ainsi évité un procédé fatigant pour le testateur et pour le peuple<sup>1</sup>. Le peuple votait donc et une *lex* intervenait. Cela se comprend : il y avait une loi générale qui réglait d'une manière rigoureuse, l'ordre des successions ; pour y déroger dans un cas particulier il fallait une autre loi, cette loi d'exception était le testament. Les curies ne se prononçaient qu'après l'avis des pontifes, et ce n'était qu'en connaissance de cause qu'elles confirmaient ou rejetaient les dernières volontés du testateur. Il est probable que dans cet examen, elles recherchaient surtout si celui-ci n'avait pas manqué à l'*officium pietatis*, aux devoirs que lui imposait l'affection la plus naturelle. — Je conclus de tout ceci que la liberté testamentaire n'existait pas à l'origine du droit romain.

À côté du testament *calatis comitiis*, une autre forme de testament s'introduisit postérieurement : le testament *in procinctu*<sup>2</sup>, c'est-à-dire fait par le citoyen devant l'armée prête à combattre et sous les armes. Il fut établi probablement pour faciliter le droit de tester et remédier à l'inconvénient que présentait la première forme : en effet, d'un côté, les comices curiates n'étaient convoquées dans ce but que deux fois par an : *bis comitia*

<sup>1</sup> Dans ce sens : Fustel de Coulanges, *op. cit.* p. 59. — Ihering, *Esprit du droit romain*, traduit de l'allemand par Meulenære. (1877), t. II, p. 147. — Ortolan *Explication historique des Institutes*. (12<sup>e</sup> éd. 1883), t. I, p. 438. — Accarias, *op. cit.* t. I, p. 798. — Brocher, *Etude historique et philosophique sur la légitime et les réserves*, (1868), p. 58. — Cuénot, *Des droits de légitime et de réserve*, (1877), p. 2.

<sup>2</sup> *Procinctus est enim expeditus et armatus exercitus*. Gaius. *Com.* II, § 101.



*in anno testamentis faciendis destinata erant*<sup>1</sup> ; de l'autre côté, les guerres étant très nombreuses à cette époque, le guerrier qui désirait faire son testament avant de quitter son foyer, se trouvait dans l'impossibilité de satisfaire son désir et risquait de mourir *intestat*. Aussi lui permit-on d'exprimer ses dernières volontés devant l'armée prête, soit à combattre, soit à partir en expédition, après avoir accompli les cérémonies religieuses. — Mais quel était ici le rôle de l'armée ? c'est une question analogue à celle que je viens de résoudre. Il y a des auteurs qui pensent qu'elle représentait le peuple et agissait par délégation du pouvoir législatif, que le testateur faisait approuver ses dernières volontés par le *procinctus*<sup>2</sup>. Il y en a d'autres qui font remarquer que l'armée, légalement incapable de délibérer, pouvait bien remplacer les comices comme témoins, mais non leur emprunter le rôle de législateur<sup>3</sup>.

A ces deux premiers modes de tester, vint plus tard s'ajouter un troisième, ce fut le testament *per aes et libram*<sup>4</sup>, dans le but de rendre encore plus facile l'exercice du droit de tester, de le rendre accessible, non pas seulement à des époques déterminées, mais à tous les moments de la vie, et de le débarrasser des formes trop solennelles dont il devait être revêtu antérieurement. Le testateur mancipait, vendait fictivement son patrimoine (*familia*) à l'institué (*familix emptor*) en présence

<sup>1</sup> Gaius. *Com.* II, § 101.

<sup>2</sup> Vernet. *Traité de la quotité disponible* (1855), p. 5. — Brocher *op. cit.* p. 57. — Cuënot. *op. cit.* p. 2, § 3.

<sup>3</sup> Accarias, *op. cit.* t. I, p. 798. Il conjecture que ce mode de tester ne s'introduisit que lorsque les comices eurent perdu leur droit de contrôle sur la volonté du testateur.

<sup>4</sup> Gaius. *Com.* II, § 102. — Instit. de Just. Liv. II, t. X, § 1.

de cinq témoins et d'un *libripens*, tous citoyens romains et pubères<sup>1</sup>. — C'était, comme on le voit, un moyen détourné pour frauder les règles de droit : on n'abrégea pas le droit primitif, on l'élada ; on ne testa pas d'une autre manière sur son hérédité, on la vendit. Dès lors le testateur fut affranchi de tout contrôle, son acte de dernière volonté n'eut plus un caractère public ; les témoins, en souvenir des cinq classes de Servicius Tullius et que Festus appelle *classici testes*<sup>2</sup>, furent réduits à un rôle passif et choisis d'ailleurs par le testateur. Grâce aux avantages qu'il présenta, le testament *per aes et libram* remplaça les deux autres formes de tester, qui à l'époque de Gaius étaient déjà tombées depuis longtemps en désuétude<sup>3</sup>. A l'aide de la fiction qui lui servit de base, le testateur acquit la liberté qu'il n'avait eu ni dans le testament *calatis comitiis*, ni dans celui *in procinctu*, de régler, comme bon lui semblait la dévolution de son patrimoine. La loi des XII Tables consacra solennellement en ces termes la liberté absolue de tester : *uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto*, disposition qu'un poète couronné par Auguste versifia ainsi :

..... suprema voluntas

Quod mandat, fierique jubet, parere necesse est<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Par des *pacta adjecta*, l'institué s'engageait à exécuter les legs et les autres dispositions accessoires, mises à sa charge. — Gaius (*Com.* II, § 104), nous indique les paroles solennelles qu'on y prononçait : *Familiam pecuniamque tuam ad mandatam tutelam custodelamque meam recipio, eaque quo tu jure testamentam facere possis secundum legem publicam, hoc ære et ut quidam adjiciunt æneaque libra mihi empta.*

<sup>2</sup> Festus : verbo *classici testes*.

<sup>3</sup> Gaius. *Com.* II, § 103.

<sup>4</sup> Voy. Henriot : *Les poètes juristes, ou remarque des poètes latins sur les lois, le droit Civil, le droit criminel etc.* (1858), p. 56.

Mais alors deux graves questions se posent : comment se fait-il qu'à la même époque et dans la même société, le testament *calatis comitiis* et le testament *per aes et libram* aient pu être en usage ? Comment expliquer que le droit absolu de tester, tel qu'il est écrit dans la loi des XII Tables, ait succédé au principe antérieur, suivant lequel la volonté du testateur ne suffit pas pour changer, relativement à son hérédité, l'ordre légal des successions ? Ce sont deux points obscurs que l'on n'est pas encore arrivé à éclaircir<sup>1</sup>.

3. — Voyons maintenant quelles furent les restrictions qu'on apporta à la liberté de tester.

D'après le principe consacré par la loi des XII Tables, le père de famille pouvait, du moment qu'il était capable et que les formalités prescrites étaient observées, disposer de son patrimoine comme il voulait, instituer pour héritier toute personne qui avait la *factio testamenti* en passant complètement sous silence ses pro-

<sup>1</sup> Suivant M. Guérard, qui a essayé d'en donner une explication, il faut la chercher dans l'histoire même de Rome. Deux peuples différents habitaient la ville : les patriciens et les plébéiens. Chacun d'eux avait sa législation particulière, marquée d'un caractère spécial : celle des patriciens atténuait par des sages tempéraments l'autorité du père de famille ; l'autre se faisait remarquer par une extrême vigueur et armait le chef de la famille d'un pouvoir absolu, en lui permettant de disposer de ses biens à sa volonté sans s'inquiéter de ses enfants. En admettant les plébéiens à leur vie civile, les patriciens leur permirent quelques institutions particulières : ainsi s'explique la coexistence de ces deux formes de testament. Mais les plébéiens voulurent plus ; après bien des conflits, ils triomphèrent et leur victoire s'affirma dans la loi des XII Tables, qui consacra la liberté absolue de tester. (*Essai sur l'histoire du droit privé des Romains*, (1841), p. 104, 250, 286, 463. — Ce système, sans doute très séduisant, ne repose malheureusement sur aucune donnée certaine et ne s'accorde point avec les textes, aussi n'a-t-il pas prévalu.

pres enfants, ce qui suffisait pour leur enlever tout droit à sa succession. — Ce pouvoir du *paterfamilias* donna lieu à de graves abus : beaucoup de pères manquaient sans scrupule aux devoirs les plus impérieux de la nature, en laissant leurs enfants dans la misère et en comblant, au contraire, de leurs faveurs, des personnes étrangères. Pour mettre fin à cet état de choses, les Prudents décidèrent que le père de famille devait instituer ses enfants, ou s'il voulait les écarter de sa succession, prendre la peine de les exhérer formellement. Il ne suffit plus désormais de les passer sous silence ; cette nouvelle formalité devint une condition essentielle pour la validité d'un testament ; à son défaut le testament était *injustum*. — C'est cette déclaration expresse, cette *exhérédation* qui constitue la première restriction apportée au droit du testateur, dans l'intérêt de la famille. — Pour légitimer la nécessité d'instituer ou d'exhérer imposée au père de famille, les Prudents imaginèrent l'idée d'une copropriété entre le père et les enfants soumis à sa puissance. En vertu de ce principe, les biens forment le patrimoine de la famille tout entière ; le père et les enfants en sont copropriétaires, et à la mort du *paterfamilias*, ces derniers ne sont pas considérés comme recueillant une succession, mais plutôt comme prenant la libre administration de leurs biens<sup>1</sup>. De là l'expression d'*heredes sui*, héritiers d'eux-mêmes : *Itaque post mortem patris non hæreditatem percipere videntur, sed magis liberam administrationem consequuntur*<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Comp. Brocher. *op. cit.* p. 68.

<sup>2</sup> Paul. loi 11 de *liber. et posth.* Dig. XXVIII, 2. — Gaius *Com.* II, § 157. — Instit. de Just. L. II, t. 19, de *hered. qual.* § 2.

4. — A l'idée de copropriété, de puissantes considérations morales venaient s'adjoindre pour justifier la nouvelle règle de l'institution ou de l'exhérédation. Cette formalité avait pour but de protéger la famille contre les entraînements irréfléchis du testateur. On pensait que s'il était obligé d'exhérer formellement ses enfants, il reculerait devant l'opinion publique, qui aurait blâmé sa conduite injuste : de plus on attirait par là l'attention du père et on dissipait le doute qui aurait pu

M. Ducaurroy fait dériver le nom de *héritiers siens* de la puissance même que le testateur avait sur ses enfants. Il invoque à l'appui de son opinion le § 7. L. III, t. I, des Institutes. Ce texte prévoit cette hypothèse : le défunt a exhérédié son fils et institué un héritier externe : ensuite le fils étant mort, il devient certain que l'héritier institué n'héritera pas en vertu du testament, soit parce qu'il ne veut pas, soit parce qu'il ne peut pas : le petit-fils dans ce cas sera héritier sien du grand-père. L'argument qu'en tire M. Ducaurroy est celui-ci : ce petit fils est déclaré héritier siens ; si l'expression *suus* se rattachait à l'idée de copropriété, il n'aurait pas dû, dans cette espèce, être appelé *heres suus*, car il n'a jamais été copropriétaire du patrimoine commun ; ou bien, s'il était lui aussi considéré comme copropriétaire, il eût été rationnel que le père fût tenu de l'instituer ou de l'exhérer. — Cette opinion doit être rejetée : on peut répondre à l'argument tiré du § 7 aux Institutes que « si le *parterfamilias* n'est pas tenu d'exhérer le petit-fils, qui est précédé de son père, c'est que le droit de copropriété du petit-fils ne vient qu'en second ordre ; le testateur en enlevant ce droit à celui qui est au premier rang, l'enlève, par là, à ceux qui viennent dans un rang subséquent, mais par la *destitutio* du testament, le droit de propriété subsiste en faveur du petit-fils ». — D'ailleurs, les textes précités sont contraires à ce système. J'ajoute, enfin, que si le titre de *suus* se rattachait à la puissance du père, les esclaves soumis à la *dominica potestas*, plus dure que la *patria*, auraient dû être aussi appelés *heredes sui*, pourtant ils n'étaient appelés que *heredes necessarii* et non pas *sui* — Voyez M. Ducaurroy. *Institutes de Justinien, traduites et expliquées* (1851) t. I, n° 667. note a. — Contra : Vernet *op. cit.* p. 17 et s. — Ortolan. *op. cit.* t. II, p. 472. — Demangeat. *Cours de droit romain*. (tome I, p. 764. — Accarias : *op. cit.* t. I, p. 865.



s'élever sur sa volonté : a-t-il voulu réellement les écarter de la succession, ou bien les a-t-il simplement oubliés ?

On ne peut dire avec précision à quelle époque cette règle fut introduite. Un passage de Cicéron ferait supposer que, de son temps, elle n'était pas universellement reconnue <sup>1</sup>, mais Aquilius Gallus, son collègue dans la préture en l'an 687 de la fondation de Rome, prit une décision qui la supposait définitivement en vigueur et depuis quelque temps déjà <sup>2</sup>.

Primitivement l'exhérédation ne s'appliquait qu'aux *heredes suis*, c'est-à-dire aux enfants déjà nés et soumis à la puissance immédiate du testateur. Elle se faisait suivant des formes variées et avait une sanction différente, selon qu'il s'agissait d'un enfant mâle au premier degré ou de tout autre descendant. A l'égard du fils, le père devait prononcer une exhérédation individuelle *nominatim*, tandis que pour les petits-fils ou pour les filles, quel que fût leur degré, il pouvait les exhéréder en bloc, *inter cæteros* <sup>3</sup>. Si le fils était omis, il y avait nullité complète du testament, même dans le cas où il ne survivrait pas à son père <sup>4</sup>. Si une fille ou un petit-fils était passé sous silence, le testament restait valable ; on les considérait comme s'ils eussent été compris dans l'institution : *scriptis heredibus accrescebant* <sup>5</sup>, en d'autres termes, ils venaient en vertu du *jus accrescendi* ac-

<sup>1</sup> *De oratore*. lib. I, n° 38.

<sup>2</sup> Accarias. *op. cit.* t. I, p. 834, note 1. — Demangeat *op. cit.* t. I, p. 663.

<sup>3</sup> Ulpien *Regulare*. tit. XXII, § 20. — Gaius. *Com.* II § 127.

<sup>4</sup> Instit. II, 13, pr. — l. 7. Dig. *de lib et posth. hered.* XXVIII, 2.

<sup>5</sup> Gaius. *Com.* II, § 124. — Ulpien *Reg.* XXII, § 17. — Instit. Liv. II, t. 13, pr.

croître le nombre des institués, et leur enlever une part civile s'ils étaient des *sui* ou une moitié s'ils étaient *extranei*. La fiction qui les réputait héritiers inscrits avait pour but de faire respecter la règle : *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest* ; d'où cette conséquence que les enfants appelés *jure accrescendi* devaient supporter les legs et les autres charges dans une proportion correspondante à la part qu'ils recueillaient.

L'édit du Préteur apporta dans cette matière plusieurs modifications. D'après le droit civil le testateur n'était tenu d'instituer ou d'exhérer que les enfants ou petits enfants qui se trouvaient encore sous sa puissance, (ce qui s'étendait naturellement aux enfants adoptifs, et à la femme *in manu*). D'après l'édit du Préteur, le testateur doit instituer ou exhérer tous les descendants qui sans une *capitis diminutio*, résultant d'une émancipation ou d'une dation en adoption, se trouveraient ses héritiers siens, ainsi, l'émancipé devra être institué ou exhérédié par son père. Le père naturel qui a donné son fils en adoption, n'est pas obligé ni de l'instituer ni de l'exhérer, tant que l'adopté reste dans la famille adoptive. Mais si celui-ci a été émancipé par l'adoptant, le Préteur le considère comme émancipé par son père naturel et lui donne dans la succession *ab intestat* de ce dernier les mêmes droits qu'aux enfants émancipés ; dès lors le père naturel devra l'instituer ou l'exhérer <sup>1</sup>. — Quant à la sanction des règles qu'il pose, le Préteur accorde aux personnes dont je viens de parler la *bonorum possessio contra tabulas*. Mais ce n'est pas seulement aux descendants émancipés qu'il la donne, il l'accorde aussi

<sup>1</sup> Instit. II, t. 13. *de exh. lib.* § 13. — Gaius Com. II, § 126 *in fine* — Inst. L. II, t. 13, § 4.

aux héritiers siens omis. Si les enfants héritiers siens n'ont été ni institués, ni exhérédés, ils pourront obtenir du Préteur la *bonorum possessio contra tabulas* ; grâce à elle, ils feront annuler le testament et recueilleront la succession franche de toutes charges imposées par le testateur. Il n'y a donc ici aucune différence, quant aux effets de cette possession de biens, entre les enfants de l'un ou de l'autre sexe <sup>1</sup>. Mais un rescrit d'Antonin le Pieux, décida que par la *bonorum possessio*, les femmes ne prendraient de la succession que la portion qui leur serait revenue par le *jus accrescendi* du droit civil. Ce rescrit n'eut en vue que les filles ou les petites-filles ; les petits-fils purent, par conséquent, prendre, par la possession de biens, l'hérédité entière <sup>2</sup>.

En outre, en ce qui concerne les formes de l'exhérédation, le droit prétorien assimile aux fils, tous les descendants mâles, de sorte que ceux-ci quel que soit leur degré, doivent être exhérédés *nominatim* ; les femmes seules peuvent être valablement exhérédées *inter cæteros* <sup>3</sup>.

Justinien, à son tour, modifia cette théorie : il veut que la sanction de l'omission ou de l'exhérédation irrégulière consiste toujours dans la nullité du testament, que l'exhérédation soit faite *nominatim* sans distinction ni de degré, ni de sexe. En ce qui concerne l'adopté, il distingue : l'adoption est-elle faite à un étranger (*extraneo*) ? l'enfant reste dans sa famille et partant doit être institué ou exhérédé, non pas par l'adoptant, mais par le père naturel ; l'adoption est-elle faite à un ascen-

<sup>1</sup> Instit. II, t. 43. de *exh. lib.* § 4.

<sup>2</sup> Gaius. *Com.* II, §§ 125 et 126.

<sup>3</sup> Instit. II, 43, § 3. — Gaius. *Com.* II, § 129.

dant ? l'enfant passe sous sa puissance et doit être institué ou exhéredé, par ce dernier <sup>1</sup>.

D'après les principes de l'ancien droit civil, le testament était rompu par la survenance d'un posthume héritier sien ; et cette rupture était inévitable puisque les posthumes même conçus étant considérés comme des personnes incertaines, ne pouvaient être exhéredés. On ne pouvait non plus les exhéredé, car comment ôter la qualité d'héritier sien, à celui qui ne l'a point <sup>2</sup> ? Le testateur mourait donc forcément *intestat*. Pour remédier à cet inconvénient, on admit que le père de famille pourrait, contrairement aux principes du droit commun, instituer ou exhéredé à l'avance les posthumes héritiers siens. On considérait comme né (*pro jam nato*) l'enfant simplement conçu <sup>3</sup>. On organisa cinq classes de posthumes *légitimes, aquiliens, velléins, quasi-posthumes* et *juliens*. — Les posthumes mâles devaient être institués en exhéredés *nominatim* ; ceux du sexe féminin *inter cæteros*, pourvu qu'il leur fût légué quelque chose *ne videantur præteritæ esse per oblivionem* <sup>4</sup>. — L'omission d'un posthume ne rendait pas le testament nul dès le principe ; de là cette conséquence, que si l'enfant ne naissait pas viable, le testament produisait tous ses effets.

Telle est dans ses traits principaux la théorie de l'exhéredation. Elle ne constituait pas, à proprement parler une véritable restriction à la liberté absolue de tester : en effet, si ni l'amour pour ses enfants, ni l'opinion pu-

<sup>1</sup> Inst. l. II, t. 13, § 5.

<sup>2</sup> Gaius *Com.* II, §§ 140 et 141.

<sup>3</sup> Ulpien *Regulæ*. XXII, § 19.

<sup>4</sup> Instit. II, t. 13. *de exh. lib.* pr. et § 1.

blique ne détournait la volonté du père de les écarter de sa succession, comme l'exhérédation n'était qu'une simple formalité, il n'avait qu'à la remplir, c'est-à-dire, les exhérer formellement, et il gardait par là son entière liberté de faire passer son patrimoine dans des mains étrangères, d'en disposer comme il l'entendait. — Mais ici on pourrait me faire une objection : comment en avait-il la disposition, n'étant pas seul propriétaire ? La réponse est facile, elle se trouve dans les textes : le père pouvait mettre à mort ses enfants, à plus forte raison pouvait-il les priver de leur part dans le patrimoine commun ; le jurisconsulte Paul nous dit : *nec obstat quod liceat eos exheredare quos et occidere licebat* <sup>1</sup>.

5. — Dans les premiers temps de son apparition, la théorie de l'exhérédation protégeait assez bien les enfants : d'une part, ils ne craignaient plus que leur père les oubliât dans son testament ; d'une autre part, celui-ci reculait devant une exhérédation inique, que sa conscience réprouvait. — Mais plus tard quand les mœurs romaines perdirent leur sévérité primitive, quand les cas de divorce furent si fréquents, qu'il était rare qu'un mariage ne fût dissous avant la mort des conjoints, ce tempérament apporté à la liberté de tester fut insuffisant. Dans l'intérieur de la maison ne régnait plus cette « *summa reverentia, cum concordia et diligentia* » dont parle Columelle <sup>2</sup>. Le père n'avait plus une tendre et vive affection pour ses enfants : cédant trop facilement aux prières et aux investigations des marâtres, il exhérédait ses héritiers siens, quoique leur conduite fût à l'abri de tout reproche, quoiqu'il n'existât aucun motif

<sup>1</sup> Loi 14, Dig. de lib. et post. XXVIII, 2.

<sup>2</sup> Columelle. *De re rusticâ*.



qui légitimât une mesure aussi sévère qu'injuste. — Gaius s'exprima ainsi à cet égard :

*Non est enim consentiendum parentibus qui injuriam adversus liberos suos testamento inducunt : quod plerumque faciunt circa sanguinem, suum inferentes judicium, novercalibus delinimentis instigationibusque corrupti*<sup>1</sup>.

Les enfants pouvaient-ils s'en plaindre ? Evidemment non ; le père n'usait-il pas d'un droit que lui accordait la loi ? Il fallait donc venir à leur secours. Ce furent les Prudents, qui, faisant un pas de plus dans la voie de réaction contre la loi des XII Tables où ils étaient entrés, imaginèrent de dire que le père, qui sans juste motif exhérède son enfant n'est pas sain d'esprit (*quasi non sanat mensis*) ; ils ne prétendirent pas qu'il était complètement fou ou insensé, autrement le testament eût été radicalement nul, mais ils supposèrent que sa raison avait été égarée par la colère ou par les séductions étrangères, qu'il avait perdu la conscience de ce qu'il faisait, du devoir que les liens du sang lui imposaient. Ce fut sous ce prétexte « *hoc colore* » et par la *querela inofficiosi testamenti* que les enfants<sup>2</sup>, privés injustement de toute part dans la succession, purent attaquer le testament du père, quoique régulièrement fait, c'est-à-dire suivant les règles du droit, mais contraire aux sentiments qui doivent exister entre parents, *non ex officio pietatis conscriptum*. — C'est ce testament que l'on désigne sous le nom de *inofficiosum testamentum*<sup>3</sup>. — Il y a donc là une innovation qui repose sur

<sup>1</sup> Gaius, loi 4. *Did de inof. test.* V, 2.

<sup>2</sup> Je m'empresse d'ajouter que la *querela* ne fut pas seulement introduite au profit des enfants, mais aussi au profit d'autres proches parents que j'indiquerai plus loin.

<sup>3</sup> Marcien : loi 2, *Dig. de inof. test.* V. 2. — Paul *Sent.* lib.

cette idée : la parenté, la pitié, qui dérivent des rapports de famille et du sang, nous imposent le devoir de laisser une partie de notre fortune à nos proches parents qui n'ont pas démérité. — Lorsque le juge devant lequel la *querela inofficiosi* était portée, trouvait qu'il y avait eu inofficiosité, il prononçait la nullité du testament ; la *factio testamenti*, étant retirée au testateur<sup>1</sup>, celui-ci était réputé mort *intestat* et la succession légitime s'ouvrait au profit de ceux qui étaient appelés par la loi<sup>2</sup>.

Je diviserai mes explications sur la *querela inofficiosi testamenti* et la *légitime* en huit chapitres.

*Chapitre I* : Origine et nature de la *querela*. — Sa procédure.

*Chapitre II* : Des testaments inofficiels qui ne peuvent être attaqués par la *querela*. — Des personnes auxquelles elle appartient.

IV. tit. V, § 1, *de inof quer.* — Instit : II, t. XVIII. *de inof. test. pr.*

Il existe plusieurs différences entre le testament d'un fou et le testament inofficiel : 1° la folie rend le testament *in justum*, il est nul de plein droit, il ne produit aucun effet. Le testament inofficiel, au contraire, produit les effets d'un testament ordinaire si les intéressés ne l'attaquent pas ou s'ils succombent dans leur demande. 2° Si une personne, après avoir fait un testament parfaitement valable, tombe en démence et fait un second testament, ce dernier, ne pouvant produire aucun effet, ne portera pas atteinte au premier. Si, au contraire, le second testament est simplement inofficiel, le premier deviendra *ruptum*, car, le testament inofficiel, quoique susceptible d'être rescindé, est *jure factum*. 3° La nullité d'un testament fait par un *furiosus*, peut être toujours reconnue, n'importe à quelle époque : le testament inofficiel doit être attaqué par la *querela* dans un délai de cinq ans : ce laps de temps écoulé, la *querela* est éteinte, et le testament reste valable.

<sup>1</sup> Paul : loi 17 § 1. Dig. V. 2 ; *Testamenti factionem habuisse defunctus non creditur.* — Ulpien. loi 1, § 6. Dig. V. 2.

<sup>2</sup> Lois 6. § 1 ; 8, § 16. Dig. *de inof. test* V. 2.

*Chapitre III* : De la dévolution de la *querela*. — Des personnes contre lesquelles s'intente cette action.

*Chapitre IV* : Des conditions exigées pour le succès de la *querela*. — De la légitime.

*Chapitre V* : Des effets de la *querela*.

*Chapitre VI* : Des modes d'extinction de la *querela*.

*Chapitre VII* : Des modifications apportées par les Nouvelles aux règles de la légitime et de la *querela*.

*Chapitre VIII* : Des donations inofficieuses.

## CHAPITRE PREMIER

### ORIGINE ET NATURE DE LA QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI. — SA PROCÉDURE

Je diviserai ce chapitre en deux sections : dans la première je m'occuperai de l'origine et de la nature, dans la seconde de la procédure de la *querela*.

#### SECTION I

##### Origine et nature de la *querela*.

SOMMAIRE : 6. la *querela* n'a pas une origine législative. — 7. Elle n'est due ni au Préteur ni aux centumvirs, démonstration : — 8. Elle fut introduite par les Prudents. — 9. Epoque de son introduction. — 10. La nature de la *querela* : elle n'est qu'une forme de la *petitio hereditatis*. — Objection. — 11. Elle participe de l'action d'injures.

6. — Quelle est l'origine de la *querela* ? Il semble au premier abord que je n'aie pas à me poser cette question, puisque j'ai déjà dit qu'elle est l'œuvre des Prudents. Cependant tout le monde n'est pas de cet avis ; aussi vais-je rechercher quelles sont les différentes opinions émises sur ce point, les exposer, présenter les arguments sur lesquels elles s'appuient et faire connaître

en dernier lieu le système qui me paraît le mieux fondé et auquel je me rallie.

7. — Cujas pense que la *querela* a une origine législative, qu'elle a été introduite par une loi *Glitia*. Son argument consiste à dire que la loi 4 au Digeste, de *inof. test.* est tirée d'un commentaire de Gaius sur la *lex Glitia*. Il s'appuie, en outre, sur deux constitutions de Justinien, faisant allusion à la *querela*. On lit dans la loi 31, au Code de *inof. test.* L. III, t. XXVIII : *quæ nuper ad testamenta conservanda nec facile retractanda, sancimus, ut ratione Falcidiæ minime illis personis derelicta, quæ ad inofficiosi testamenti querelam ex prioribus vocabantur legibus,....*

Puis dans la loi suivante L. XXXII, il est dit : *Quoniam in prioribus sanctionibus illud statuimus, ut si quid minus legitima portione his derelictum sit, qui ex antiquis legibus de inof. test. actionem movere poterant,....*

Suivant Cujas les expressions *ex antiquis legibus* indiqueraient que la *querela* fut accordée en vertu des lois anciennes.

Cette opinion est aujourd'hui généralement repoussée et avec raison. On ignore la date et les dispositions de cette loi *Glitia*, dont le nom ne nous est connu que par l'*inscriptio* du fragment 4 au Digeste : *Gaius lib. sing. ad legem Glitiam*. Or, si c'est cette loi qui introduisit réellement la *querela*, si elle contenait une innovation aussi importante, n'est-il pas vraiment bien étrange qu'elle ne nous soit connue que par un intitulé du Digeste ? — Quant à l'argument tiré des constitutions que je viens de citer, on peut répondre que les expressions *prioribus, antiquis, legibus* signifient ou plutôt se rapportent au droit civil ancien que Justinien modifie et non



pas à la *lex Glitia*, car autrement pourquoi se servirait-il du pluriel et non pas du singulier *ex priori, antiqua lege*? D'ailleurs l'autorité de ce prince, en ce qui concerne l'origine d'une institution, est sujette à caution quand les jurisconsultes de l'époque classique ne la confirment pas aussi de leur côté.

Dans un second système on attribue au Préteur l'institution de la *querela*. C'est l'opinion de Laferrière<sup>1</sup>, Koenigswarter<sup>2</sup>, Saintespès-Lescot<sup>3</sup>, Troplong<sup>4</sup>. Je la rejette sans hésiter pour deux motifs : en premier lieu, dans les textes qui parlent de la *querela*, il n'est point fait mention d'un édit ; en second lieu, si cette action avait une origine prétorienne, le moyen judiciaire donné contre le testament inofficieux, serait, lui aussi, prétorien : on donnerait, en effet, à celui qui en a obtenu la rescision la *bonorum possessio* ; pourtant, dans ce cas il n'en est pas ainsi, et nous voyons que c'est la succession civile qui s'ouvre et le plaignant est héritier d'après le droit civil.

Dans un troisième système on soutient que c'est le tribunal des Centumvirs qui a créé la *querela*<sup>5</sup>. Je ne pense pas que ce système soit exact. Assurément ces derniers pouvaient bien consacrer un usage, mais pour modifier gravement l'ancienne législation et former un droit nouveau, ils n'avaient point une autorité suffisante.

<sup>1</sup> Laferrière : Histoire du droit français, t. II, page 247.

<sup>2</sup> Origine de la famille en France t. I, p. 247.

<sup>3</sup> Traité des donations et Testaments, t. II, n° 303.

<sup>4</sup> Préface du titre des donations et testaments, p. LXV.

<sup>5</sup> Dans ce sens : Savigny (trad. de Guenoux) t. I, § 42, p. 36, note c. in fine. — Ragon : Théorie de la retention et de l'imputation des dons faits à des successibles, n° 34, p. 37, t. I, (1862). Brocher, op.

8. — Un quatrième et dernier système consiste à dire que *la querela* fut l'œuvre des Prudents. C'est l'opinion dominante<sup>1</sup>; c'est aussi la mienne. Voici quelles sont les raisons qui me décident à l'adopter : Le *principium* des Institutes titr. *de inof. test.* est conçu en ces termes : *quia plerumque parentes sine causa liberos suos exheredant vel omittunt inductum est ut de inofficioso testamento agere possint liberi.* Le mot *inductum est* est significatif et montre bien que notre action fut introduite par l'interprétation générale des Prudents, par l'usage, par la coutume. En effet toutes les fois que cette source de droit donne naissance à une institution, les textes emploient pour l'indiquer des expressions vagues analogues à celle sur laquelle je m'appuie : *institutum est receptum est.* Je trouve la première dans le *principium*, in fine. L. II. titre XVI, aux Institutes, qui nous apprend que la substitution pupillaire fut l'œuvre de la coutume<sup>2</sup>; la seconde, dans la loi 1. *de donat. inter vir et uxor.* Dg. L. 24, t. I<sup>3</sup>, qui nous dit que la prohibition des donations entre époux est due au travail des Prudents. — Il y a encore un autre argument qu'on invoque dans l'opinion que je défends : les textes nous disent que les proches parents, injustement privés de

cit. p. 81. — *Bluntschli*: *Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen.* (Bonn. 1829) par. 16.

<sup>1</sup> *Accarias*, op. cit. I, p. 888, n. 1. — *Demangeat*, op. cit. t. I, p. 737. — *Maynz*, t. III, § 370, p. 374, note 10. — *Ortolan*, op. cit. t. I, p. 533. — *Labbé*, sur *Ortolan*. L. II, appendice V. p. 737. — *Boissonade*. Histoire de la réserve héréditaire, p. 73. — *Vernet*, op. et. p. 93. — *Fretel* : de l'inviolabilité de la réserve légale (1869) p. 65.

<sup>2</sup> *Nam moribus institutum est, quum ejus ætatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possent, parentes eis faciunt.*

<sup>3</sup> *Monibus apud nos neceptum est, ne inter virum et uxorem, donationes valerent.*

toute part dans la succession du défunt, peuvent attaquer le testament « *hoc colore* » sous prétexte qu'il n'était pas sain d'esprit <sup>1</sup>. Mais pourquoi ce prétexte, ce détour? Si la *querela* fut introduite, comme on le prétend, par une loi ou par le Préteur, cette fiction, sur laquelle elle repose, ne se comprend point; le législateur n'a pas besoin de feindre, il ordonne, il commande; lois émanant d'une puissance souveraine, (*mero jure majestatis fiunt*) n'ont pas besoin de couleur, pour légitimer leur empire. Au contraire dans le système que j'expose en ce moment, cette fiction se conçoit à merveille; les jurisconsultes, à la fin de la République n'étant pas investis de la puissance législative, ne pouvaient abroger directement une loi qui leur semblait trop dure; ils étaient forcés de recourir à des moyens détournés, à des suppositions soit pour en tempérer la rigueur, soit pour faire prévaloir des règles de droit nouvelles <sup>2</sup>. — J'ajoute

<sup>1</sup> Institutes. L. II, t. 18, de *nof. test.* pr. — Loi 2. Dig. de *nof. test.* V. 2.

<sup>2</sup> Mais comment se fait-il que les jurisconsultes aient pu introduire des règles nouvelles et reformer le droit? — A Rome la science du droit était très populaire: les raisons qui expliquent ce fait sont fort bien résumées par M. Accarias, dans son Précis de droit romain t. I, p. 56: Voulait-on arriver aux honneurs? Il était nécessaire de fréquenter le barreau, où l'on trouvait le moyen de développer le talent de la parole, se faire connaître, se distinguer; voulait-on parvenir aux grandes magistratures, au consulat, par exemple, *honorum populi finis*? Il fallait passer par la préture; or les préteurs rendaient la justice. N'oublions pas enfin que chaque citoyen à Rome, pouvant être appelé à remplir les fonctions de juge, était moralement obligé de ne pas rester étranger à l'étude du droit. « Si la science juridique fut nécessaire quelque part, ce fut assurément chez les Romains, et de là l'immense autorité morale de ceux qui la possédaient d'une manière spéciale. » Cicéron dit, que le jurisconsulte est, sans aucun doute, l'oracle de toute la cité: *est enim sine dubio, totius ora-*

enfin une observation : en parlant de l'exhérédation, introduite, comme je l'ai dit par les Prudents, (ce qui n'est guère contesté), nous avons vu qu'elle avait pour

*culum civitatis* (de oratore I, 45) : il le compare à l'Apollon Pythien et lui applique ces vers que le poète Ennius mettait dans la bouche de ce Dieu consultant :

.....Ego sum,  
Unde sibi populi et reges consilium expetunt,  
Suarum verum incerti, quas ego, mea ope, ex  
Incertis certos, compotesque consili  
Dimitto, ut neres tenere tractant turbidas.

Aussi l'opinion d'un jurisconsulte connu et respecté, a-t-elle en fait sinon en droit une importance considérable auprès des juges. Outre leurs fonctions, que le grand orateur résume en quatre mots ; *respondere, cavere; agere, scribere*, les jurisconsultes enseignaient aussi le droit publiquement : ils marchaient entourés d'un certain nombre de jeunes gens qui recueillaient leurs réponses et leurs posaient des questions nouvelles. Leur maison, nous dit Horace, était ouverte dès l'aube du jour pour y recevoir les clients :

Romæ, dulce dui, et solemne, reclusa,  
Mane domo vigilare, clienti promere jura.

Mais l'influence des Prudents, sur la formation du droit s'exerçait aussi d'une autre manière : les magistrats avaient auprès d'eux un conseil (*consilium auditorium*) dont les membres appelés *comiles* ou *accessores* étaient choisis précisément parmi les jurisconsultes ; or comme leurs attributions consistaient à préparer les édits et les formules d'actions, on comprend aisément, qu'en réalité c'était toujours leurs idées qui pénétraient dans les décisions judiciaires et dans les actes législatifs. (voyez sur le conseil des magistrats : *le droit public romain* par Th. Mommsen. trad. par Paul Girard (1887), pag. 346 et s.). — Auguste accorda à certains d'entre eux le *jus respondendi publice*, et plus tard Adrien décida que lorsqu'il n'y aurait pas de contradiction entre eux, leurs réponses auraient force de loi et lieraient le juge, de sorte que dès lors les jurisconsultes furent *juris auctores*. Au *jus respondendi publice* et à la *permissio jure condendi* dont parle Gaius au § 7, Com. I, se rattachent des questions très importantes à étudier ; cependant je ne les examinerai pas, le cadre de mon étude ne me le permettant pas ; je me bornerai simplement à indiquer quelques

base une fiction et qu'on ne pouvait fixer avec précision l'époque de son apparition. Ces deux points se rencontrent aussi dans la théorie de la *querela*; or, cette analogie entre les deux théories ne provient-elle pas de ce que toutes les deux ont la même origine? Sans doute, lorsque la *querela* pénétra, grâce à l'influence des Prudents, dans les mœurs romaines, les règles qui devaient la régir, n'étant pas encore bien fixées, le tribunal des Centumvirs, saisi de la plainte d'inofficiosité, put les déterminer avec une précision plus rigoureuse, voilà tout, mais ce serait pousser les choses trop loin que de vouloir lui en attribuer la création, je le répète, il n'avait pas une autorité suffisante pour le faire.

9. — Après avoir recherché l'origine de la *querela*, demandons nous à quelle époque elle fut introduite. De même que pour l'exhérédation, on ne peut répondre qu'approximativement. Il est plus que probable que le principe d'inofficiosité d'un testament existait déjà dans les derniers temps de la République. Cicéron, en effet, en parle, dans sa deuxième harangue contre Verrès, en ces termes : « *jure, legibus auctoritate omnium qui consulebantur, testamentum unius fecerat non improbum, non inofficiosum, non inhumanum*<sup>1</sup>. Valère Maxime<sup>2</sup>, nous parle aussi de testaments inofficieux, attaqués et

ouvrages où elles sont traitées avec détails : *Accarias*. op. cit. t. I, p. 56 et s. — *Demangeat*. op. cit. t. I, p. 91 et s. — *Machelard* : dissertation sur le droit rom. et fran. p. 645. *Bonnier* sur Ortolan (édit. Labbé). App. I, p. 679. — *Kalindéro* : droit prétorien. Paris 1885, chap. 13<sup>e</sup> et 14<sup>e</sup> — *Glasson*. Etude sur Gaius, 1885, p. 84 et s.

<sup>1</sup> Voyez aussi de *Oratore*. I, 38.

<sup>2</sup> Valère Maxime : *Dictorum factorumque memorabilium*. Lib. VII, chap. VII, n<sup>o</sup> 2.



rescindés au temps de Pompée. M. Maynz<sup>1</sup>, est d'un avis contraire : suivant lui l'époque à laquelle remonte cette réforme n'est pas antérieure à l'Empire. Il prétend que le mot *inofficiosum* employé par Cicéron n'a pas une signification technique, et que le passage de Valère Maxime sur lequel on s'appuie dans l'autre opinion n'est pas assez explicite. — Quoi qu'il en soit, la *querela* était parfaitement organisée, avait reçu tout son développement du temps de Pline le Jeune<sup>2</sup>, qui décrit la procédure suivie pour faire rescinder un testament inofficieux. Ainsi la prohibition faite au père de ne pas exhériter injustement ses proches parents était entrée pleinement dans le domaine du droit civil.

10. — J'arrive à la nature de la *querela inofficiosi testamenti*.

Voilà, par exemple, un enfant injustement exhéredité : si le père était mort *intestat*, il aurait eu tout ou partie de la succession ; ce qu'il voudra maintenant, c'est de faire tomber le testament, et recueillir sa part dans l'hérédité. Mais ce n'est pas tout : comme jusqu'à preuve contraire, le père est considéré comme ayant raison de l'écarter de la succession, il y aura pour l'enfant le plus grand intérêt de prouver que son père a eu tort de l'exhérer, qu'il n'a pas mérité cette sentence par trop sévère, qu'il y a une injure faite à son honneur ; en d'autres termes, ce qui l'intéresse le plus c'est d'avoir une réparation publique pour le préjudice moral, que l'acte de dernière volonté de son auteur lui a causé. Pour atteindre ce double but, on lui donnera la *querela*. Je conclus de là que cette action a une nature mixte ; que

<sup>1</sup> M. Maynz. *op. cit.* t. III, p. 374 note 10.

<sup>2</sup> Pline. VI, 33.

d'une part c'est un véritable *hereditatis petitio* ayant pour objet de rescinder le testament et d'investir en même temps le *querelans* de la succession ; que d'autre part, elle tient de *l'actio injuriarum*. Je reprends séparément ces deux propositions.

Je dis, en premier lieu, que la *querela* est une véritable *hereditates petitio*, et je vais tâcher de le démontrer ; les textes me sont favorables.

1° Ulpien dans la loi 8 § 8 *de inof. test.* D. V. 2. supposant qu'un des deux frères a été injustement exhéredé, décide que celui-ci en attaquant le testament comme inofficieux, ne devra réclamer que la moitié de l'hérédité :

*Si dicam inofficiosum, non totam hereditatem, sed dimidiam petere.*

Ainsi par la *querela* le plaignant *petit hereditatem*.

2° Sœvola dans la loi 20 au même titre, nous dit que celui qui se propose d'attaquer un testament comme inofficieux ne devra intenter aucune autre action que la *pétition d'hérédité*.

*Qui vero de inofficioso dicit nec actiones novere debet, nec aliam ullam quiam hereditatis petitionem exercere.*

Il appelle donc expressément la *querela petitio hereditatis*.

3° Paul, dans la loi suivante 21 § 2 nous apprend que :

*Evicta hereditate per inofficiosi querelam ab eo qui heres institutus esset, perinde omnia observari oportere ac si hereditas adita non fuisset et ideo et petitionem integra debiti heredi instituto adversum eum qui superavit competere et compensationem debiti.*

Ainsi la restitution des biens à celui qui devait être institué, était la conséquence immédiate de la *querela*.

4° Thryphoninus, dans la loi 20 pr. in fine D. *de bono poss. contr. tab.* XXXVII, 4, la qualifie aussi formellement de *petitio hereditatis ex causa inofficiosi* :

*Sed ad hereditatis petitionem admittendus est ex causa inofficiosi querelæ contra emancipatum novendæ.*

5° Au Code, les empereurs Septime Sévère et Caracalla, dans la loi 3, *de pet. hered.* III, 21, disent que le querelans revendique l'hérédité.

..... *si quæstionis titulos prior inofficiosi testamenti causam habuisset judicari rei prescriptio, non obstaret eandem hereditatem ex alia causa vindicanti.*

6° Un autre texte fort important, c'est la loi 2, Code *de inof. test.* III, 28.

*Quamvis de inofficiosi testamento acturum te, bonorum possessionem accepisse proponos tamem scriptis heredibus auferri possessionem in civile est.*

Celui qui était appelé par le Préteur à la succession *ab intestat* devait d'abord demander la *bonorum possessio* ; or, de ce texte, il résulte que l'héritier du droit prétorien, qui veut exercer la plainte d'inofficiosité doit aussi préalablement demander la possession de biens ; pourquoi ? c'est évidemment parce qu'il se trouvera, par l'effet de la rescision du testament, dans la même situation que si le défunt était mort intestat, et sera investi de l'hérédité ; donc il avait besoin de cette *bonorum possessio* dans ce cas, comme dans le premier.

Tels sont les textes qui viennent à l'appui de mon opinion ; j'ajoute que les anciens jurisconsultes, Cujas, Donneau, Pothier, Vinnius<sup>1</sup> se prononçaient en ce sens.

<sup>1</sup> Cujas : dans les quatre premiers livres du Code, *de inof. test.* III, 28. — Donneau : *comm. de jure civili lib.* XIX, chap. III. — Pothier : *Pand.* I, note a. — Vinnius : *Juris quæstiones selectæ. Lib. I, ch.* 19.

11. — Je dis, en second lieu, que la *querela* tient aussi de l'*actio injuriarum* à laquelle elle emprunte quelques-unes de ses règles, que le *querelans* agit dans la pensée d'une satisfaction due à l'honneur de sa personne. Je vais parcourir les différents textes qui démontrent ce point.

1° La loi 8 d'Ulpien, pr. de *inof. test.* V. 2.

*Papinianus, lib. V. Quæstionum, recte scribit, inofficiosi querelum patrem filii sui nomine instituere non posse invito eo, ipsius enim injuria est.*

En voici l'hypothèse : un fils de famille est oublié dans le testament de sa mère ou de son aïeul maternel. Ulpien approuve Papinien qui décide que le père ne pourra pas contre la volonté du fils intenter la *querela*, pourquoi ? parce que *ipsius injuria est*, parce que cet oubli est pour l'enfant une injure personnelle et que c'est à lui seul qu'il appartient de juger s'il doit ou non recevoir une réparation.

2° La loi 22, pr. au même titre : *Filius non impeditur quonimvis inofficiosum testamentum matris accusaret, si pater ejus legatum ex testamento matris accipiet, vel adisset hereditatem, quemquam in ejus esset potestate : nec prohiberi patrem dixi jure filii accusare : nam indignatio filii est.*

Tryphoninus supposant qu'un fils *in potestate* a été omis dans le testament de sa mère, déclare que le père ne pourra pas l'empêcher de l'attaquer, quoi qu'il soit légataire particulier ou universel, car *indignatio filii est*, l'injure s'adresse au fils et la honte résultant de l'omission exige une satisfaction. Mais quelle en sera la conséquence ? La mère étant réputée morte *ab intestat*, le fils en sera l'héritier, mais se trouvant sous la puissance

paternelle, ce sera le père, et non pas lui qui recueillera la succession, en vertu de ce principe : que ce que le fils acquiert, est acquis au père. Cependant il ressort de la loi 6 § 1, D. *de inof. test.* v. 2 que dans ce cas, ce dernier, n'était pas obligé de l'accepter : elle passait alors à d'autres héritiers. En somme le fils n'aura pas plus, après la rescision du testament, qu'auparavant ; néanmoins il avait intérêt à exercer la plainte d'inofficiosité pour venger l'offense reçue ; et ce qui prouve encore que la personne du père est ici complètement étrangère à cette action, c'est que s'il l'a intentée et qu'il y échoue, il ne conservera pas moins son legs.

De ce que la *querela* est une *actio injuriarum*, il résulte les conséquences suivantes : 1° elle ne se transmet point aux héritiers de l'individu injustement exclu de la succession, à moins qu'il ne l'ait préparée ou qu'il n'ait manifesté, avant sa mort, l'intention de l'exercer<sup>1</sup>. 2° elle doit être intentée dans un délai assez court : le délai une fois écoulé, elle s'éteint, et la personne à laquelle elle compète est censée avoir oublié l'injure ou ne l'avoir pas ressentie. 3° Elle n'est pas comprise dans le gage des créanciers du *querelans*, par suite s'il renonce à attaquer le testament, cette renonciation ne donne pas lieu à l'exercice des actions paulienne, favienne et calvisienne<sup>2</sup>. 4° Enfin, de même que l'*actio injuriarum* emportait infamie pour l'auteur de l'injure, de même la *querela* entraînait une certaine flétrissure pour la mémoire du testateur, et exposait parfois l'institué vaincu à une accusation capitale<sup>3</sup>. Aussi ne pou-

<sup>1</sup> Loi 6 § 2 ; loi 7 et loi 15 § 1. D. *de inof. testa.* V, 2. — loi 5. Cod *de inof. test.* III, 28.

<sup>2</sup> Loi 1 § 8, D. *si quid in fraud patr.* XXXVIII, t. 5.

<sup>3</sup> Plin. V, 1.



vait-on intenter cette action que s'il n'y avait aucun autre moyen pour arriver à la rescision du testament (*ultimum subsidium*) et celui qui succombait dans sa plainte était indigne de recevoir quoique cela soit, en vertu de l'acte de dernière volonté qu'il venait d'attaquer.

Pour me résumer en un mot, je dirai : la *querela inof. test.* est une pétition d'hérédité, ayant cependant certaines règles spéciales provenant de ce qu'elle est en même temps une action d'injures<sup>1</sup>.

Des commentateurs hollandais, Perez notamment<sup>2</sup> et quelques commentateurs allemands<sup>3</sup> interprètent autrement la nature juridique de la *querela*. Suivant eux, cette action ne serait qu'un *præjudicium*, qu'une *instance préparatoire*, qu'une action rescisoire ayant simplement pour but de faire tomber le testament inofficieux, et ce résultat, une fois obtenu, l'héritier exhérédé devrait, pour réclamer la succession, intenter la pétition d'hérédité ordinaire, ouverte à tout héritier qui veut recueillir une succession à laquelle il est appelé. « *Querela inofficiosi testamenti*, disent-ils, est *judicium preparatorium quo aditus patefiat ad judicium universale seu petitionem hereditatis sicut actio ad exhibendum præparatoria est rei vindicationis*. » Et voilà ce qu'on objecte au système généralement suivi.

<sup>1</sup> Aussi la classe-t-on parmi les actions *vindictam spirantes* : Keller : *des actions* § XCII, p. 445 (éd. 1870). — Francke, (*Dorb Rnfct dnv Notf-dvbnv. Gottingen* 1831) l'appelle *petitio hereditatis qualificata* § 20 p. 254. — Accarias. op. cit. t. I, p. 896. — Demangeat. op. cit. t. I, p. 738. — Boissonade. op. cit. p. 78. — Vernet. op. cit. p. 93 et s. — Cuënot. op. cit. p. 11.

<sup>2</sup> Perez. *Prælectiones in Cod.* III, 28, n. 1.

<sup>3</sup> Hugo. *Histoire du droit privé des Romains* trad. par Jourdan, revue par Poncelet, p. 398.

L'*hereditatis petitio* est donnée contre ceux qui n'ayant aucun droit à la succession, possèdent soit une chose soit un droit héréditaire *pro herede ou pro possessore*<sup>1</sup>, or, le défendeur à la *querela* est un véritable héritier institué ou *loco heredum* ; donc la *querela* n'est pas une pétition d'hérédité. Je réponds : par cela seul que le testament est attaqué par la plainte d'inofficiosité, cet acte perd toute sa vertu, toute son autorité, il n'est plus un titre définitif pour l'institué : celui-ci ne pouvant plus invoquer, puisqu'il est inofficieux, se trouve alors, en attendant la fin du procès, dans la même situation que celui qui possède *pro herede ou pro possessore*. On objecte encore que dans la pétition d'hérédité, le demandeur est nécessairement ou *heres ou bonorum possessor*<sup>2</sup>, tandis que dans la *querela*, il n'est ni l'un ni l'autre : il ne l'est pas *ex testamento*, cela va de soi : il ne l'est non plus *ab intestat*, puisqu'il existe un testament. Cette seconde objection est la même que la première mais sous une autre forme ; aussi pour la réfuter, faut-il donner la même réponse que tout à l'heure. J'ajoute que la vocation du réclamant est certaine, autrement il ne pourrait pas attaquer le testament. Du moment qu'on lui accorde la *querela*, on doit forcément lui reconnaître la qualité d'héritier *ab intestat*. On invoque encore pour soutenir l'opinion que je combats, la loi 8 § 13 de *inof. test.* v. 2 : *Si filius exheredatus in possessione sit hereditatis : simptus quidem heres petet hereditatem, filius vero in nodum contradictionis querelam inducat.*

L'argument qu'on en tire est le suivant : de ce texte

<sup>1</sup> Loi 9 et 10 D. de *hered. pet.* V, 3.

<sup>2</sup> L. L. 1. 2. 3. D. de *hered. pet.* V, 3. — L. L. 1. 2. D. de *poss. de hered. pet.* V, 3.

il résulte, que le fils exhérédé, quoique possédant les biens héréditaires, pourra intenter la *querela* ; or, d'après la loi 1, § 1, *fam. ercis.* D. X. 2, la *petitio hereditatis* n'appartient pas à celui qui possède ; donc la *querela* n'est pas une pétition d'hérédité. — Ce syllogisme n'est pas décisif. Le texte signifie simplement que le réclamant peut agir par voie d'exception aussi bien que par voie d'action : du moment que l'héritier inscrit produit un testament régulier, la possession du fils exhérédé cesse d'être efficace, et il est dans la même situation que s'il ne possédait pas, de sorte qu'il devient à son tour demandeur ; c'est ce que dit le texte *in fine*. — Mes adversaires invoquent enfin un passage des sentences de Paul Lib. IV, t. 5, § 4 :

*Qui inofficiosum dicere potest, hereditatem peterer, non prohibetur.*

Et ils raisonnent ainsi : Paul déclare que la pétition d'hérédité compète à celui qui a le droit d'attaquer le testament comme inofficieux ; or, si la *querela* était une *hereditatis petitio*, l'héritier injustement omis ou exhérédé n'avait nullement besoin de la pétition d'hérédité, que pourtant le texte lui accorde expressément dans ce cas ; donc il faut conclure que notre action n'est qu'un *præjudicium*. — Mais il me semble qu'on interprète mal ce texte, dont le sens est tout autre, à mon avis. J'ai dit que les conséquences de la plainte d'inofficiosité étaient fort graves : un blâme, une tache pour la mémoire du défunt, perte, pour le plaignant qui y succombait, des avantages que le testateur lui avaient laissés. On conçoit dès lors, combien devait hésiter le proche parent, privé sans juste cause de toute part dans la succession, de porter en justice cette action ; aussi pour le sous-

traire à ces dangers on lui permettait de réclamer l'hérédité par la *petitio hereditatis* sans fonder sa demande sur l'inofficiosité : l'institué lui opposait le testament, mais il répliquait qu'il ne lui était pas opposable, étant inofficieux. Tel est le sens du § 5 de Paul<sup>1</sup>.

Il existe un troisième système sur la nature juridique de la *querela inofficiosi testamenti*. Certains auteurs prétendent qu'elle n'est autre chose qu'une action d'injures, ayant pour but la vengeance de l'offense subie par celui qui a été injustement omis ou exhérédé et pour conséquence, l'annulation du testament. On s'appuie, pour soutenir cette opinion sur la loi 22 *de inof. test.* v. 2, que j'ai déjà analysée. Le fils *in potestate*, étant omis dans le testament de sa mère, pouvait l'attaquer par la *querela*, quoiqu'en définitive, il ne dût point profiter de la succession.

Ce système doit être également rejeté : dans la loi 22, il s'agit d'une hypothèse exceptionnelle où l'on n'aperçoit que l'un des caractères de notre action. En outre, il y a des textes qui prouvent, d'une manière directe, le contraire de ce que l'on soutient, je veux dire, des textes qui nous montrent la *querela* comme n'étant qu'une simple pétition d'hérédité et pas du tout une action d'injures. Dans la loi 6 pr. *de inof. test.* v. 2 Ulpien déclare qu'un posthume exhérédé pourra attaquer un testament comme inofficieux ; cet enfant, a-t-il souffert, par l'exhérédation, un préjudice moral ? pas le moins du monde, et pourtant on lui donnera la *querela* pour réclamer la succession. — Dans le même sens je citerai la loi 28. (au même titre) :

*Cum mater militem filium falso audisset decessisse et*

<sup>1</sup> Noodt : *comm. in Dig. Lib. V, t. 2.*

*testamento heredes alios instituisset, divus Hadrianus decrevit hereditatem ad filium pertinere : ita est libertates et legata præstentur.*

Une mère, en faisant son testament y institue des personnes étrangères, en omettant son fils militaire, le croyant, sur de faux bruits (*falso*), mort sur le champ de bataille. Après son décès, le fils revient ; Paul rapporte que l'empereur Adrien décréta que le fils pourrait attaquer le testament, mais à la condition d'affranchir les esclaves et d'exécuter les legs. — On voit bien que la mère en le passant sous silence n'avait pas agi dans la pensée d'infliger une honte à son enfant, car si elle avait su qu'il était vivant, elle l'aurait institué ; celui-ci, donc, ne peut pas soutenir que sa mère a porté atteinte à son honneur, cependant rien n'empêche qu'il réclame et obtienne la succession. — Ces deux textes démontrent suffisamment que la *querela* n'est pas uniquement une *actio injuriarum* et que le système contraire n'est nullement fondé.

## SECTION II

### De la procédure de la querela.

SOMMAIRE : 12. Tribunal des Centumvirs compétent pour connaître des demandes en rescision pour inofficiosité. — 13. Organisation de ce tribunal : sectionnement. — 14. Formalité que devait préalablement accomplir le *querelans*, héritier *jure prætorio*. — 15. Procédure *in jure*. — 16. *In judicio* les sections jugeaient-elles seules ? Systèmes différents. — 17. *Quid* en cas de partage des sections ? — 18. Compétence exclusive des Centumvirs. — 19. Du droit d'appeler de la sentence centumvirale.

**12. — La querela** étant une pétition d'hérédité devait



être portée, naturellement, devant le tribunal des Centumvirs, compétent en matière de succession<sup>1</sup>.

13. — Rien de plus difficile et de plus controversé que la question de savoir à quelle époque remonte la création de ce tribunal. S'il faut, parmi les nombreuses opinions émises à cet égard, en choisir une, peut-être serait-il préférable de se rallier à celle qui conjecture que les Centumvirs ont dû être institués peu après l'an 450 de Rome<sup>2</sup>. Quoi qu'il en soit il est certain qu'ils formaient un tribunal permanent, à la différence des juges, des arbitres ou des *recuperatores* qui n'étaient désignés que pour une affaire déterminée, et dont les pouvoirs expiraient dès que la sentence était rendue. Les

<sup>1</sup> Paul. Sent. V, 46 § 2. — Loi 10 § 43; 1. 15 § 2; 1. 17 pr. D. *de inof. test.* V, 2. — loi 70, pr. *de legatis* II, 31. — loi 42 pr. C. *de pel. her.* III, 31. — Loi 4. C. *de lib. præst.* VI, 28. — Cicéron : *de oratore* I, 38. — Quintilien : *de inst. orat.* XII, 4, n. 11. — Valère Maxime : *Dict. fact. mem.* VII, cap. VII, 2. — Pline : *Epist.* V, 24, VI, 33. — Il jugeait, en outre, des questions relatives à la propriété quiritaire et à l'état des personnes : voy. Gaius. Com. IV. §§ 16 et 93. — Quintilien IV, 2, n. 5. — Cicéron. *ibidem*.

<sup>2</sup> Emile Chénou : *Le tribunal des Centumvirs* 1884 p. 15 n. 7. Suivant Niebuhr (*Histoire Romaine*, trad. Golbéry 1830. t. II, p. 468) il faudrait placer sous Servius Tullius, la création des Centumvirs. C'est aussi l'opinion de M. Maynz (*Cours de Dr. Rom.* t. I, p. 190), de Zimmern (*Traité des actions* trad. Etienne 1846 p. 38). — Zumpt (*Unber Ursprung, Form und Bedeutung des centumviralgerichts in Rom.* Berlin 1837) en attribue la création à la loi des XII Tables, et Sib. Siccamia (*De centumviralii iudicio*), à la loi Æbutia. — D'autres auteurs pensent que l'origine de cette juridiction remonte à l'année 512 ou 513 de la fondation de Rome ; dans ce sens : Kalindero (*Droit Prétorien* p. 71), de Keller (*Traité des actions*, 1870, § VI, p. 26). — Ortolan (*Histoire et généralisation du dr. Rom.* 1880, 11 éd. p. 158) la place entre les années 367 et 39 de Rome, dans la période des progrès croissants des plébéiens. — M. Accarias (*op. cit.* t. II, p. 849) conjecture que ce tribunal prit naissance après l'année 513 mais avant la loi Æbutia, c'est-à-dire avant 577 ou 583 (voy. aussi p. 845, n. 1).

Centumvirs se recrutèrent dans les tribus, probablement réunies, en comices<sup>1</sup>. Chaque tribu en nommait trois, de sorte que lorsque le nombre de ces tribus fut porté en l'an 512 à 35, ce tribunal comptait 105 membres. Comme on le voit, ce chiffre ne cadre pas avec l'expression : *centumviri*. La raison nous en est donnée par Festus<sup>2</sup> : « *licet quinque amplius quam centum fuerint, tamen quo facilius nominarentur, centumviri sunt dicti* : » Et Varron s'exprima ainsi à cet égard : « *Si inquam, numerus non est ad amussim, ut cum dicimus mille naves ad Trojam isse, centumvirale iudicium Romæ* »<sup>3</sup>. » Sous l'Empire, et c'est Pline le Jeune qui nous l'apprend, il y avait 180 Centumvirs<sup>4</sup>. — Dans quelles classes de personnes étaient-ils choisis ? « Ils pouvaient appartenir à toutes les classes du peuple romain, c'était la conséquence naturelle de leur mode de recrutement. Les patriciens qui sinon à l'origine, du moins à cette époque faisaient partie des tribus se trouvaient confondus avec les plébéiens. Si les sénateurs et les chevaliers entraient dans le collège des Centumvirs, ce n'était pas un privilège de leur ordre ; c'était par suite de l'élection<sup>5</sup> ». — L'analogie porte à penser que les membres de ce tribunal, comme les autres fonctionnaires, devaient être nommés pour une année seulement.

Le tribunal centumviral se divisait en quatre sections appelées : *consilia*<sup>6</sup>, *tribunalia*<sup>7</sup> ou *hastæ* ; de là l'expres-

<sup>1</sup> Ortolan. *Histoire et Gén.* p. 155. — Chénon, op. cit. p. 18.

<sup>2</sup> Verbo : *centumvirale iudicium*.

<sup>3</sup> Varron : *De re rustica*.

<sup>4</sup> Pline. *Epist.* VI, 33, *sedebant centum et octaginta*.

<sup>5</sup> Chénon, op. cit. p. 18.

<sup>6</sup> Valère Maxime : VII. cap. VII. 4. — Pline. *Ep.* VI, 33.

<sup>7</sup> Quintilien. *de inst. orat.* XII, V, 6.

sion de *quadruplex judicium*<sup>1</sup> — Sous la République, la présidence en appartenait probablement au Préteur. Depuis Auguste<sup>2</sup> nous trouvons les *decemviri litibus judicandis*, mentionnés comme présidents<sup>3</sup>. Au temps de Pline le Jeune, il est certain que ce fut le Préteur en présence des *decemviri* qui remplissait cette fonction<sup>4</sup>.

Les centumvirs siégèrent d'abord dans le Forum et depuis César, dans la basilique Julia<sup>5</sup>. — Devant le tribunal, on plantait une lance, *hasta* ; de là les locutions : *hastæ judicium*, *hastæ præesse*, *hastam cogere*. Gaius nous dit que la lance était le symbole de la propriété et que c'est pour cette raison qu'elle y figurait : *Festuca utebantur quasi hastæ loco, signo quodam justî dominii ; omnium enim maxime sua esse credebant quæ exhaustibus cepissent ; unde in centumviralibus judiciis hasta præponantur*<sup>6</sup>.

14. — Telle était l'organisation de ce tribunal ; j'arrive à la procédure de la *querela*. Si celui qui se propose d'attaquer un testament comme inofficieux est héritier *jure prætorio*, il doit tout d'abord s'adresser au Préteur et lui demander la *bonorum possessio*.

<sup>1</sup> Pline. *Ep.* IV, 24.

<sup>2</sup> Suétone. *Octave* II, 36.

<sup>3</sup> Pomponius : L. 2 § 29. D. L. 1, t. 2 : *Deinde cum esset necessarius, magistratus qui hastæ præesset, decemviri litibus judicandis sunt constituti*.

<sup>4</sup> Pline. *Ep.* V. 21. — Suivant quelques auteurs, à l'origine, la présidence appartenait aux questeurs sortis de charge. Mais on a fait remarquer avec beaucoup de raison selon moi, que Suétone (*Octave* II, 36) en parlant des ex-questeurs nous dit qu'ils avaient simplement pour mission : *cogere centumviralem hastam*, c'est-à-dire convoquer le tribunal. S'il en était autrement, il aurait dû dire *præesse hastam*. — Voy. Chénou. *op. cit.* p. 25.

<sup>5</sup> Pline : II, 24 ; V, 21. — Quintilien. XII. V. 6.

<sup>6</sup> Gaius, *Com* IV, § 16.

On a soutenu, à tort selon moi, que tout héritier, excepté les héritiers siens, était soumis à cette formalité préalable, en se fondant sur un texte de Paul<sup>1</sup>.

*Et ponamus in potestate fuisse eum, ut neque bonorum possessio ei necessaria, et aditio hereditatis supervacua sit.* Je dis à tort, et en effet dans ce fragment, Paul s'occupe des enfants qui viennent à la succession de leur père ; or, il est vrai que ceux qui ne sont pas sous sa puissance ne peuvent venir à sa succession qu'en vertu du droit prétorien et qu'après avoir obtenu la *bonorum possessio*. Mais la raison se refuse de comprendre que le successeur qui puise sa vocation dans le droit civil soit obligé de remplir cette formalité purement prétorienne alors que la querela a une origine coutumière<sup>2</sup>.

15. — Le procès que le *querelans* intentait aux héritiers inscrits dans un testament inofficieux, comprenait deux parties comme tout autre procès : la première se passait devant le magistrat, le *prætor urbanus* ou *peregrinus*<sup>3</sup> *in jus* ; la seconde devant le juge, *in judicio*, devant les centumvirs.

*In jure* on accomplissait les rites sacramentels de l'*actio sacramenti*, la plus ancienne et la plus caracté-

<sup>1</sup> Loi 7, pr. de *inof. test.* V. 2.

<sup>2</sup> On s'est demandé quelle est la nature de cette *bonorum possessio*. Certains interprètes pensent que c'est une possession de biens particulière et la qualifient de *litis ordinandæ gratiæ*, en s'inspirant d'un texte de Paul. — Cette opinion ne me paraît pas exacte. Cette *bonorum possessio* n'a pas une nature particulière ; elle est *ab intestat*, puisque le réclamant ne reconnaît aucune force au testament qu'il attaque ; il ne faut pas tirer argument du texte de Paul ; le jurisconsulte y indique simplement son utilité, voy. Doneau *Comm. de jure civili* XIX, 6. — Gujas. *Recitat absolut ad tit. de inof. test. et ad Papini quæst. Lib. V.*

<sup>3</sup> Com IV, § 31.

ristique des actions de la loi; c'était le prélude nécessaire de toute cause centumvirale : *Cum ad centumviros itur*, dit Gaius<sup>1</sup>, *ante lege agitur sacramento apud prætorum urbanum vel peregrinum*.

Le demandeur affirmait solennellement son droit, en termes précis et consacrés (*solemnia verba*); le défendeur était obligé d'opposer sa contradiction dans les mêmes formes. L'affirmation devait être conçue, je le conjecture, à peu près dans ces termes : *Ajo Lucii Titii testamentum inofficiosum erga me esse, eamque ob rem ejus hereditatem ex jure Quiritium meam esse*. Venait aussitôt après la *provocatio* au *sacramentum* que s'adressaient tour à tour les deux adversaires. Puis avait lieu le dépôt par chacun des plaideurs de la *summa sacramenti* ou la promesse avec *prædes* faite par eux de payer cette somme s'ils succombaient. — Enfin le magistrat fixait un jour (*perendies*) pour la comparution devant les centumvirs et les parties s'engageaient par une promesse réciproque (*comperendinatio*) d'y comparaître aujourd'hui indiqué. — Par là, se terminait la première phase de la procédure.

**16.** — La seconde partie du procès se passait, ai-je dit, devant les Centumvirs. Le jour du *judicium* arrivé, ils étaient convoqués dans la Basilique Julia. J'ai dit aussi que ce tribunal se divisait en quatre sections. Ces sections jugeaient-elles seules ? Ce n'est pas une question facile à résoudre. Zimmern soutient que chaque conseil jugeait séparément avec l'autorité du collège entier et qu'un procès n'était porté que devant l'une des quatre sections. « Toutefois, dit-il, une même contesta-

<sup>1</sup> Gaius, IV, § 31. — Aul-Gel. *Nuits atti*. XX, 10.



tion pouvait occuper plusieurs collèges lorsqu'elle se subdivisait en plusieurs questions, par exemple la querelle d'inofficiosité, lorsque plusieurs héritiers testamentaires étaient attaqués. Mais tout en admettant que les sections délibérassent séparément, chacune sur une question, il paraît certain que la cause n'était plaidée qu'une seule fois et en présence de tous les juges. Toutes les sections réunies jugeaient-elles quelquefois en un seul collège ? C'est ce que l'on ne peut affirmer » <sup>1</sup>. M. de Keller est aussi de cet avis : « La réunion en plusieurs sections, lorsqu'elle avait lieu, avait uniquement pour but de faciliter l'audition des parties et de simplifier les débats, dans le cas où plusieurs actions, se rattachant à une même affaire, étaient portées en même temps devant le tribunal. Le moment de délibérer et de juger venu, on se séparait et la décision de chaque section restait complètement indépendante de celle des autres. Si un héritier sien, par exemple, voulait agir *de inofficioso* contre plusieurs héritiers testamentaires, il devait engager contre chacun *in jure* un *sacramentum* distinct, et chacun de ces sacramenta devait être suivi d'une décision spéciale, indépendante et autant que possible *sine præjudicio* à l'égard des autres. Pour cela chacun des procès soulevés par ces divers *sacramenta* était porté devant une section différente. Seulement à raison du rapport étroit qui existait entre eux, et autant pour simplifier l'affaire que pour épargner les frais, les débats avaient lieu devant les sections réunies. Cette réunion du surplus n'était pas obligatoire <sup>2</sup> ». Et dans la note

<sup>1</sup> Zimmern. *op. cit.* p. 42 *et s.*

<sup>2</sup> De Keller : *Traité des actions chez les Romains* trad. Ch. Capmas. p. 21 *et s.*

82 à la page 22, il ajoute « de là vient aussi qu'il arrivait si souvent, sans que personne songeât à s'en étonner que les diverses sections, les divers *consilia*, portaient des jugements différents sur le même testament. »

Pour ma part, je ne partage pas la manière de voir de ces savants auteurs et j'estime au contraire que la *querela inofficiosi testamenti* était toujours portée devant les quatre sections réunies, qu'il y eut un, deux, trois ou plusieurs héritiers institués défendeurs :

1° Dans sa lettre à Romanus <sup>1</sup>, Pline lui apprend qu'il avait été chargé de plaider dans un procès dirigé contre un testament inofficieux : Accia Variola, femme d'une naissance illustre, fut exhérédiée par son père octogénaire, onze jours après, qu'entraîné par une folle passion, il avait donné une belle mère à sa fille. Elle revendiqua *quadruplici judicio bona paterna*. Le résultat du procès fut la défaite de la belle-mère et de Sobérinus <sup>2</sup>. Ainsi dans cette lettre il n'est question que de deux héritiers institués et pourtant il y eut *quadruplex judicium*. Zimmern prétend que dans cette espèce, la *querela* a été intentée contre plusieurs *scripti heredes* et non pas seulement contre la noverca et contre Sobéri-

<sup>1</sup> Pline. *Ep.* VI, 33.

<sup>2</sup> Voici une partie de cette lettre : *Seu scribis aliquid, seu logis, tolli, auferri jube ; et accipe orationem meam, ut illi arma, divinam..... Est hæc pro Accia Variola et dignitate personæ, et exempli varitate, et judicii magnitudine in signis. Nam femina splendide nata, nupta prætor viro exheredita ab octogenario patre, intra undecim dies, quam ille novercam ei amore captus, induxerat, quadruplici judicio bona paterna repetebat..... Secutus est varius eventus. Nam duobus conciliis vicimus tolidem victi sumus. Notabilis prorsus res et mira : eadem in causa, iisdem judiciis, iisdem advocatis eodem tempore tanta diversitas accidit casu quidem, sed non ut casus videretur.*

nus, et il ajoute que Hefter en a fait la remarque contre l'opinion de Cujas <sup>1</sup>. — Mais même en admettant qu'il y avait d'autres héritiers institués, rien n'établit qu'ils fussent en cause et surtout qu'ils fussent au nombre de deux. Les mots de Pline : *eadem in causa iisdem iudicibus, iisdem advocatis, eadem tempore* démontrent avec évidence qu'il n'y avait pas quatre procès.

2° le système de Zimmern et de Keller est en contradiction avec l'expression : *quadruplex iudicium* dont on se sert d'une manière générale pour désigner le jugement des centumvirs, car dans leur opinion cette appellation devrait être limitée aux cas où quatre défendeurs à la même cause seraient appelés devant quatre sections différentes. — Mais on répond que *quadruplex iudicium* désigne aussi le tribunal des Centumvirs lui-même. — S'il en était ainsi, on ne comprendrait guère le commencement de la lettre XXIV, Livre IV de Pline *Proxime quum apud Centumviros in quadruplici iudicio dixissem subiit recordatio egisse me juvenem æqui in quadruplici*.

3° D'ailleurs l'opinion de ces auteurs allemands entraîne des conséquences que les textes ne confirment pas. Je suppose trois héritiers institués dans un testament inofficieux : suivant cette opinion trois sections différentes seront saisies et pour être logique il faut dire qu'il y aura *triplex iudicium*. De même si je suppose deux héritiers institués, il y aura *duplex iudicium*. Or les textes ne mentionnent jamais de pareils *iudicia*. Il est vrai que Quintilien parle de *duplicita iudicia* de *dux hastæ* <sup>2</sup>, mais cela signifie tout autre chose ; voilà

<sup>1</sup> Op. cit. p. 42, note 8.

<sup>2</sup> Quintilien, *instit. Orat.* V, 2, 1 — XI, 4, 78. voyez : Jacques La-

ce qu'il veut dire par là : après que l'affaire était plaidée devant tous les Centumvirs réunis sous la même *hasta*, les quatre tribunaux partiels se divisaient ensuite pour voter séparément et les uns pouvaient émettre un avis définitif sur le fond du procès, tandis que les autres pouvaient demander un plus ample informé (*ampliatio*). Dans ce cas l'affaire était instruite de nouveau devant le tribunal partiel dont la conviction n'était pas formée, et pour lui la décision déjà connue des autres était un préjugé (*præjudicium*). L'assemblée générale se trouvait ainsi divisée en deux parties pendant cette seconde information, et c'est ce qu'exprime Quintilien quand il dit : *Et partibus centumviralium quæ in duas hastas divisæ sunt*. Et c'est dans le même sens qu'il faut entendre cet autre passage : *Etiam si apud alios iudices agatur, ut in secundâ assertione, aut in centumviralibus iudiciis duplicibus*. — J'ajoute que ce *præjudicium*, qui se comprend très bien dans le système que je défends, ne s'explique point dans celui de Zimmern et de Keller : en effet du moment que chacun des *sacramenta* engagés entre le demandeur et les divers défendeurs devait être porté devant une section différente et recevoir une décision spéciale, indépendante des autres, l'avis définitif de l'un des *consilia* ne pouvait pas évidemment constituer, dans la même affaire, un préjugé pour les autres, car il y avait là, autant de procès distincts qu'il y avait de sections saisies.

4° Il résulte de plusieurs textes du digeste<sup>1</sup> que par-

treille : *Histoire des Institutions judiciaires des Romains*, 1870, t. I, p. 130.

<sup>1</sup> Marcellus. Loi 40, pr. Dig. V, 2. — Ulpien : loi 24, D. V. 2. — Papinien loi 45, § 2, V, 2. — Idem loi 76, pr. Dig. de *leg et fideic.* L. XXI.

fois, les jugements qui intervenaient sur une demande en rescision d'un testament inofficieux, étaient contraires. On a voulu tirer de là un argument en faveur de l'opinion que je combats : ce fait, a-t-on dit, se produisait, parce que chaque section jugeait seule. — Mais pour expliquer cette contrariété de jugements, il n'est pas nécessaire de supposer que chaque conseil eût à se prononcer dans des actions séparées ; elle résultait de ce qu'au moment de rendre la sentence, chaque *consilium* votait séparément<sup>1</sup>.

Je conclus que, quel que soit le nombre des défendeurs, la *querela* était portée devant les quatre sections réunies.

17. — Les débats avaient lieu publiquement<sup>2</sup> et une fois commencés, ils ne pouvaient être renvoyés à un autre jour : *Judicium centumvirale*, dit Pline, *differi nullo modo potest*<sup>3</sup>. — Les parties présentaient aux juges l'exposé sommaire de l'affaire, c'est-à-dire de ce qui s'était passé *in jure* (*causæ collectio*) puis elles apportaient les preuves du droit contesté. Ceux-là examinaient et résolvaient discrétionnairement, sans règle précise et tracée à l'avance 1° si les parents qui se plaignaient étaient assez proches pour être écoutés : 2° si les plaignants s'étaient ou non rendus indignes des droits de la parenté. 3° si le testateur n'ayant pas de torts à leur imputer, leur avait ou non laissé une part suffisante de sa fortune. — La sentence était rendue,

<sup>1</sup> Valère Maxime : VII, 7, 4. — Pline : *Epist.* VI, 33. — voy. Chénou. op. cit. p. 33.

<sup>2</sup> Voyez pour les détails : Grellet-Dumazeau : *Le barreau à Rome*, 1854, p. 175 et s. — 357 et s.

<sup>3</sup> Pline, *Epist.* I, 48.



non pas d'après l'avis de la majorité des membres du tribunal pris en entier, mais d'après l'avis du plus grand nombre des sections ; elle résultait donc des quatre avis qu'elles émettaient.

Mais *quid* en cas de partage, les quatre conseils se divisant en deux parts égales, deux pour, deux contre la rescision du testament inofficieux ?

Suivant Pline le Jeune, la décision était, dans ce cas, favorable au *querelans* : ainsi dans le procès de Accia Variola, deux sections se prononcèrent en sa faveur, les deux autres en faveur des héritiers inscrits : *nam duobus consiliis vicimus totidem victi sumus* ; pourtant Variola gagna sa cause : *victa est noverca, ipse heres ex parte sexta. Victus Suberinus*<sup>1</sup>. Cependant Marcellus<sup>2</sup> donne une solution contraire mais avec certains tempéraments d'équité :

*Si pars judicantium de inofficioso testamento contro testamentum, pars secundum id, sententiam dederit, quod interdum fieri solet, humanius erit sequi ejus partis sententiam quæ secundum testamentum spectavit ; nisi si aperte judices inique secundum scriptum heredem pronunciassent apparebit.*

Cette solution est plus conforme aux principes du droit : le père est réputé avoir eu juste motif d'exhérer son enfant tant que le contraire n'est pas prouvé ; le partage qui s'opère entre les sections, indique bien qu'il y a lieu de douter que la faiblesse d'esprit du testateur ait été la cause de l'exhérédation ; dès lors rien de plus logique que de maintenir le testament. Voilà com-

<sup>1</sup> Pline. *Epist.* VI, 33.

<sup>2</sup> Marcellus : loi 10. *Dig. de inof. test.* V, 2.

ment Vernet <sup>1</sup> a concilié Pline avec Marcellus : « Pline  
 « raconte ce qui est arrivé dans le procès qu'il a plaidé.  
 « Il n'a pas l'intention de poser une règle de droit. Mar-  
 « cellus, au contraire, parle en jurisconsulte. Il nous  
 « semble qu'on peut à l'aide de cette observation conci-  
 « lier les deux textes. Le partage était favorable au tes-  
 « tament ; seulement dans le cas où il était clair que la  
 « décision des juges était inique, le testament était res-  
 « cindé. Voilà ce que nous dit Marcellus. Il faut en con-  
 « clure qu'en cas de partage, les magistrats chargés de  
 « présider et de diriger le tribunal centumviral, pou-  
 « vaient, quoiqu'en principe, le partage fût favorable  
 « au testament, faire prévaloir l'opinion contraire, et  
 « prononcer la rescision. C'est sans doute ce qui arriva  
 « dans l'espèce racontée par Pline ; il a omis de faire  
 « mention de cette circonstance parce qu'il était inutile  
 « de le faire pour des personnes qui vivaient de son  
 « temps. » Dans l'affaire dont il s'agit, les juges avaient  
 été évidemment injustes, en se prononçant en faveur  
 d'une belle-mère instituée, onze jours après son mariage,  
 par un vieillard octogénaire, *amore captus*, et de Sober-  
 rinus, un exhérédé par son propre père, qui n'ayant jamais  
 osé réclamer contre cette exhérédation avait eu l'impu-  
 dence de venir demander la succession du père d'un autre.

18. — Une autre question non moins intéressante est  
 celle de savoir s'il dépendait des parties de se faire ren-  
 voyer soit devant les Centumvirs, soit devant *l'unus ju-*  
*dex* ? — Vernet <sup>2</sup> a soutenu qu'elles en avaient le choix,  
 et à l'appui de son opinion, il invoque :

<sup>1</sup> Vernet, op. cit. p. 101.

<sup>2</sup> Vernet, op. cit. p. 99. — Voy. aussi. Bonjean : *Traité des actions.*  
 (1845). t. I, § 88, p. 205.

1° Un passage de Pline, d'où il résulte que les parties pouvaient *convenir* de porter leur affaire devant les Centumvirs : *Post hoc, ille cum cæteris suscripsit centumvirale judicium, mecum non suscripsit*<sup>1</sup>.

2° Deux textes, l'un d'Ulpien, le fragment 8, § 16, l'autre de Paul, la loi 17, § 1, *de inof. test.* V, 2, dans lesquels ces jurisconsultes supposent une *querela inofficiosi testamenti* portée devant l'*unus judex*.

Je ne puis admettre cette manière de voir et je pense que la *plainte d'inofficiosité* appartenait exclusivement à la compétence des Centumvirs et qu'il n'y avait point de *formula* pour l'intenter sous forme de *judicium privatum*. La raison en est simple : la nature de ce litige s'opposait à ce que le Préteur délivrât une formule : elle eût été incompatible avec le *liber arbitrium* que le juge devait y avoir : « Toute la procédure relative à cette dernière contestation, dit Zimmern<sup>2</sup> est due à leurs décisions ; et dans la suite, aucun Préteur n'a songé à proposer une formule pour ce litige particulier, qui ne pouvait s'accommoder que d'une instruction affranchie d'entraves, comme celle des centumvirs. » — Quant aux arguments que présente Vernet, le premier est très mauvais ; il suffit de lire la lettre de Pline pour voir qu'il ne s'agit pas d'une *convention* : Pomponia Gratilla avait exhéredé son fils Assudius Curianus, et institué héritiers Pline le Jeune et quelques autres. Curianus, laissant Pline de côté, à raison de certains faits antérieurs que cet auteur fait longuement connaître, appela ses cohéritiers, mais non pas lui, devant le tribunal des Centumvirs : *cum cæteris suscripsit centumvirale judi-*

<sup>1</sup> Pline, *Epist.* V, 1.

<sup>2</sup> Zimmern, *op. cit.* p. 97.

*cium, mecum non suscripsit*. Tel est le vrai sens de cette phrase. Mais il ne faut voir dans cette circonstance que l'exercice du droit de renoncer à son action, que l'on n'a jamais contesté au demandeur. Curianus voulait faire rompre le testament de sa mère à l'égard des cohéritiers de Pline, mais il lui plaisait, et c'était son droit, d'abandonner volontairement à ce dernier la part que le testament lui avait faite<sup>1</sup>. — En ce qui concerne les textes qu'on invoque, je fais remarquer qu'ils n'ont point pour objet de déterminer quel est le juge compétent pour connaître de la *querela*; dans le premier Ulpien s'occupe des effets de la rescision d'un testament inofficieux; dans le second, Paul, du défaut du défendeur à l'instance; en employant l'expression de *judex*, ils ont dit, de même que l'on fait souvent aujourd'hui, le juge pour le tribunal<sup>2</sup>.

19. — Quand le tribunal des Centumvirs avait rendu la sentence, il était dessaisi; mais l'affaire était-elle définitivement terminée par là? Le plaignant vaincu ne pouvait-il pas interjeter appel?

Ce droit ne fut reconnu que sous l'Empire. — Sous la République, l'appel n'avait été introduit que dans la procédure criminelle sous forme d'appel au peuple (*provocatio ad populum*). En matière civile, l'effet d'une sentence rendue pouvait être ou neutralisé accidentelle-

<sup>1</sup> Jacques Latreille, op. cit. p. 418.

<sup>2</sup> Giraud : *Les tables de Salpensa et de Malaga*, 2<sup>e</sup> éd. 1856. *Lettre V*, p. 89. note 3. — Voy. dans le sens de mon opinion : Bethmiam-Hollweg : *Ueber die competenz des centumviralgerichts*, dans *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaften*, herausge. von Savigny, Eichkorn u. Göschen. Berlin, t. V. 1825, p. 384, 268. — Chénou, op. cit. p. 61. — Keller : *Traité des actions*, p. 24. Accarias, *Précis du dr. Rom. t. II*, p. 819. — Latreille, op. cit. p. 117.

ment par l'*intercessio* de la *par majorve potestas*, ou annulé par l'*in integrum restitutio* ou compensé par une action nécessaire ; mais il n'existait pas deux juridictions différentes, appelées à juger successivement la même cause. Cette juridiction à plusieurs degrés date de l'Empire ; elle n'est pas issue d'un développement normal de la jurisprudence, mais d'un remaniement dans la hiérarchie des pouvoirs publics. C'est en vertu de son omnipotence, de sa *major potestas* que le prince s'attribue le droit de réviser les sentences et arrêts rendus par les autorités ordinaires sur appel (*appellatio des parties*<sup>1</sup>). Cette grande innovation fut introduite par Auguste<sup>2</sup>. A l'origine, à l'époque où il ne fallait point trop choquer les anciennes idées romaines, la hiérarchie ne comptait qu'un degré, le prince ; aussi les appels étaient-ils adressés à l'empereur : juge suprême, il tranchait ceux qu'on lui portait comme les causes qu'il jugeait en première instance, c'est-à-dire, qu'il cassait les jugements, les reformait, les remplaçait par d'autres sentences<sup>3</sup>. Plus tard il délégua le soin de ces appels, pour Rome, au *præfectus urbi*, pour chaque province, à un consulaire établi à Rome. Mais comme cela n'excluait pas une nouvelle décision de l'empereur lui-même, et que la théorie de l'inappellabilité des *præfecti prætorio* n'était pas encore consacrée, le prince se trouva forcé d'organiser à ses côtés un conseil qui jugerait les causes

<sup>1</sup> Bouché-Leclercq : *Manuel des Institutions Romaines* (1886) p. 436.

<sup>2</sup> Suétone : *Auguste*. 33, *in fine*.

<sup>3</sup> Fournier. *Essai sur l'histoire du droit d'appel*, 1881, p. 59. — Suivant M. Giraud, *op. cit.* p. 89, l'autorité impériale ne reformait pas les *sententiæ*, elle les annulait en les déclarant injustes, ou repoussait l'*appellatio*, comme injuste elle-même.



d'appel qu'on lui adressait. Telle fut en partie la raison de la création du *consistorium principis*. Ce conseil privé, où siégèrent nombre des grands jurisconsultes romains, devint rapidement le centre judiciaire et administratif de tout l'Empire. — Le principe le plus général en cette matière fut qu'on put appeler d'une autorité moindre (*minor*) à une autorité supérieure (*major*) ou même égale (*par*). Seulement comme à côté de l'empereur, le sénat était investi également du pouvoir suprême de rendre la justice<sup>1</sup>, on ne pouvait pas plus appeler de ses décisions au Prince, que des décisions de ce dernier au sénat<sup>2</sup>.

Quoi qu'il y ait un doute sur la possibilité d'appeler en général des décisions du tribunal centumviral<sup>3</sup>, ce doute n'existe pas, lorsqu'il s'agit de la *plainte d'inofficiosité* ; il est certain que les jugements rendus sur la *querela* par Centumvirs, étaient susceptibles d'appel : nous avons à cet égard les textes les plus formels<sup>4</sup>. Ulpien dans la loi 27 § 3 (à notre titre) nous apprend, que si l'institué, ayant succombé, avait interjeté appel, il conservait néanmoins la possession de l'hérédité (ce qui s'explique par l'effet suspensif de l'appel), et qu'on permit au fils impubère, à cause de sa misère, de réclamer dans ce cas, en proportion de sa part hérédi-

<sup>1</sup> Tacite : *Annales* XIV, 28.

<sup>2</sup> Loi 1 § 1 et 2. Dig. de a quibus appellari non piceat XLIX, 2. — Voy : Keller. *op. cit.* p. 388. — Zimmern *op. cit.* p. 196 : — Walter : *Geschichte der Rom. Rechts. Bonn.* 1860. — Geib : *Geschichte der Römisch. Criminalprocess. Leipsig.* 1842. — Bethmann-Hollereg : *Der Römisch Civilprocess. Bonn.* 1864. — Accarias. *op. cit. t. II, p. 912, n° 779.* — Maynz : *op. cit. Introduction, t. I, p. 264.*

<sup>3</sup> Zimmern *op. cit.* p. 196.

<sup>4</sup> L. 29, pr. Dig. de inof. test. V. 2. — 27, § 3. D. h. t. — L. 5, § 1; l. 14, pr. D. de app. et vel. XLIX, 1. — loi 30, § 1. D. de leg. 4<sup>e</sup> XXX,

taire, des aliments, que l'appellant devait lui fournir jusqu'à la fin du procès :

*De inofficioso testamento nepos contra patruum suum vel alium scriptum heredem proportionem egerat et obtinuerat : sed scriptus heres appellaverat : placuit interim propter inopiam pupilli, alimenta pro modo facultatum quæ per inofficiosi testamenti accusationem pro parte ei vindicabantur, decerni, ea quæ adversarium ei subministrare necesse habere usque ad finem litis.*

## CHAPITRE DEUXIÈME

DES TESTAMENTS INOFFICIEUX QUI NE PEUVENT ÊTRE AT-  
TAQUÉS PAR LA QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI. —  
DES PERSONNES AUXQUELLES APPARTIENT CETTE AC-  
TION.

Je diviserai ce chapitre en deux sections : dans la première je rechercherai quels sont les testaments inofficieux qui ne peuvent être attaqués par la *querela* ; dans la seconde, je m'occuperai des personnes auxquelles elle appartient.

### SECTION I

**Des testaments inofficieux qui ne peuvent être attaqués  
par la querela.**

SOMMAIRE : 20. En principe, tout testament inofficieux est susceptible d'être attaqué par la *querela*. — 21. Exceptions à ce principe : la substitution pupillaire ; le testament d'un militaire ; le testament d'un fils de famille ayant un pécule.

**20.** — En règle générale, tout testament inofficieux, peut être attaqué par la *querela inofficiosi testamenti*. Ce principe, cependant, n'est pas absolu et souffre plusieurs exceptions :

21. — A). La première est relative à la substitution pupillaire. Le texte qui la consacre est une loi d'Ulpien, le fragment 8 § 5 de *inof. test.* 5 v. 2:

*Sed nec impuberis filii matris inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit; et ita Papinianus respondit: Nec patris, frater, quia filii testamentum est: ergo nec frater impuberis, si patris non dixit. Sed si in patris obtestamentum est, nec hoc valebit, nisi si pro parte patris rescisum est, tunc enim pupillare valet.*

On entend par substitution pupillaire l'institution d'héritier qu'un père de famille testant pour son propre compte, fait pour son fils impubère, pour le cas où celui-ci, lui ayant survécu, viendrait à mourir avant d'avoir atteint la puberté<sup>1</sup>. Cet usage s'explique non seulement par l'idée d'une extension considérable de la puissance paternelle, mais encore, d'une part, par l'intention qu'a eu le testateur d'assurer la continuation de ses *sacra*, de les confier à une personne soigneuse et digne<sup>2</sup>, d'autre part, par une idée de précaution, ayant pour but d'écarter certains dangers, pouvant menacer, après sa mort, son fils impubère; en effet il y avait des personnes intéressées à ne pas laisser cet enfant arriver à l'âge de la puberté, c'est-à-dire à l'âge où il pourrait lui-même disposer de ses biens par testament: ces personnes étaient ses héritiers *ab intestat*, ses agnats. Lorsque le père de famille en faisant le testament de son fils manquait à l'*officium pietatis*, les personnes écartées injus-

<sup>1</sup> Ulpien. t. XXIII, §§ 7, 8. — Paul. Sent. L. III, t. 4. (B) § 5. — Gaius. Comm. II, § 179 et s. — Inst. L. II, de *pupillari substitutione*. t. 16. — Dig. LXXVIII, de *vulgavi et pap. substdi.* t. 6. — Code L. VI, de *impuverum et aliis substitutionibus*. t. XXVI.

<sup>2</sup> Accarias. op. cit. t. I, p. 925, note 1.

tement de la succession, n'avaient pas le droit de s'en plaindre : voici deux espèces prévues par le texte même d'Ulpien que je viens de reproduire : 1° un père en testant pour son fils omet la mère de ce dernier. Le jurisconsulte nous dit qu'elle ne pourra pas intenter *la querela* pour faire tomber le testament de son enfant ; pourquoi ? C'est parce qu'elle ne peut pas prétendre que celui-ci a porté atteinte à son honneur, car ce n'est pas lui qui a testé, c'est son père, *quia pater ei hoc fecit*. 2° Le texte suppose encore qu'un père de famille ayant sous sa puissance deux fils, dont l'un est impubère, substitue à ce dernier une *persona turpis*, et exhérède sans juste cause, l'autre enfant. Puis il vient à mourir, et peu après, son fils impubère décède aussi, avant d'avoir atteint l'âge de la puberté. Ulpien déclare que l'enfant survivant ne pourra pas attaquer, comme inofficieux, le testament de son frère, et cela pour le même motif que tout à l'heure. Il ne pourra pas même critiquer de ce chef le testament de son père, *quia filii testamentum est*. Seulement comme il se trouve exhérédé injustement, il l'attaquera directement, et en le faisant rescinder, il anéantira par là la substitution pupillaire — *pars et sequelo paterni testamenti*<sup>1</sup> — car *cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet*<sup>2</sup>. Cependant Ulpien y apporte un tempérament : *nisi si pro parte patris rescissum est, tunc pupillare valet*, c'est-à-dire que dans le cas d'une rescision partielle du testament, la substitution pupillaire demeure valable. Ceci est confirmé aussi par un texte de Julien<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Institutes. L. II, t. 16, § 5.

<sup>2</sup> Paul. loi 28. Dig. de inof. test. V. 2.

<sup>3</sup> Julien. loi 31. pr. Dig. L. XXVIII, t. 6.



B). La seconde exception à notre règle résulte de la loi 27 § 2. Dig. *de inof. test.* v. 2 :

*De inofficioso testamento militis dicere nec miles potest.*

De même dans le fragment 9, au code *de inof. test.* L. II, t. 28, nous lisons :

*De inofficioso testamento militis vel jure militari vel civili facto, vel centurionis, vel tribuni numeri, nec filios posse queri jus certum est.*

Et Justinien dans la loi 37 au même titre s'exprime ainsi :

*Cum antiquis legibus declaratum est, ut militaria testamenta de inofficioso querelam evadant, etc.* Ainsi le testament inofficieux d'un militaire n'était pas susceptible d'être attaqué par la *querela*, alors même que nous supposerions que le *querelans* eût la même qualité. Mais pour jouir de cette faveur, il fallait que le testateur fût mort *in militia*, c'est-à-dire, en activité de service, ou dans l'année de son congé. Il n'était considéré comme faisant partie de l'armée que du jour où il figurait sur ses cadres <sup>1</sup>. Sous Justinien cette faveur ne s'applique qu'au militaire testant *in expeditionibus* et y mourant ou décédant dans l'année de son retour. Une fois ce délai écoulé, le testament fait antérieurement, n'étant plus valable, le vétéran, qui ne voulait pas mourir *intestat*, devait tester de nouveau, mais alors non plus *jure militari*, mais *jure communi* et la *querela* pouvait être dirigée avec succès contre son acte de dernière volonté, entaché d'inofficiosité <sup>2</sup>. — Comment expliquer maintenant cette exception dont bénéficiaient

<sup>1</sup> Ulpien. loi 24. Dig. *de testamento militis.* L. XXIII, 10.

<sup>2</sup> Loi 8 § 3. Dig. *h. t.* v. 2. — Ulpien. *Regulæ.* XXIII, 10.

les militaires ? Les textes allèguent <sup>1</sup> leur inexpérience et leur simplicité. C'est là, sans doute une bien mauvaise raison « car de même que le droit commun les régissait avant leur entrée en service, de même, il commence à les régir une fois rendus à la vie civile et nul assurément ne prétendrait qu'en devenant militaire, le citoyen perd l'intelligence qu'il pouvait avoir, ou qu'en devenant vétéran, le soldat acquiert celle qui lui manquait <sup>2</sup> ». Le véritable motif c'est que les empereurs avaient besoin de caresser l'armée pour soutenir leurs trônes peu solides ; ils la flattaient en lui accordant de nombreux privilèges.

C). J'arrive à la troisième et dernière exception au principe posé. — Sous la République, je l'ai déjà dit, le fils de famille ne pouvait être propriétaire ; tout ce qu'il acquérait devenait la propriété du père. Il est vrai, que parfois celui-ci abandonnait à son fils l'administration d'une portion de ses biens, mais il restait libre de la lui retirer quand bon lui semblait. Au commencement de l'Empire, Auguste décida que tous les biens acquis à l'armée formeraient un patrimoine spécial qui appartiendrait entièrement et exclusivement au soldat, alors même qu'il était fils de famille. Ce patrimoine constituait ce qu'on appela un *peculium castrense*. Il se composait de tout ce que le fils de famille avait acquis à l'occasion du service militaire et qu'il n'aurait pas acquis autrement <sup>3</sup> : *quod nisi militeret, adquisiturus non*

<sup>1</sup> Inst. L. II, t. XI, de *militari testamento* pr. — Loi 3. Code, de *test. mil.* L. VI, t. 21.

<sup>2</sup> Accarias. Pr. du dr. rom. t. I, p. 1066.

<sup>3</sup> On y faisait entrer le *stipendium*, la part attribuée dans le butin pris sur l'ennemi ; le *donativum*, des récompenses accordées par les chefs à des grands exploits, les terrains attribués aux vétérans, etc.

*fuisse*<sup>1</sup>. Relativement à ce pécule il était considéré comme un *paterfamilias*, avait la faculté d'en disposer librement soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, soit par donations entre vifs, soit par testament. Dans ce dernier cas, le testament, en supposant qu'il fût inofficieux, échappait à la plainte d'inofficiosité. Rien de plus facile que d'expliquer ce point : pour exercer cette action, il faut que le plaignant soit héritier légitime, or, le fils de famille ne laisse pas d'héritiers *ab intestat*, en effet, s'il ne teste pas, son père recueille les biens compris dans le pécule, non pas *jure hereditario*, *sed jure peculii*<sup>2</sup>. — Plus tard Justinien, décida que le pécule castrense du *filius familiæ* mort *ab intestat* n'appartiendrait plus à ses ascendants qu'à défaut de descendants et de frères et sœurs du défunt, mais qu'alors il leur appartiendrait *jure communi*<sup>3</sup>, c'est-à-dire suivant l'opinion dominante<sup>4</sup>, *jure successionis*, dès lors on aurait pu, sans que les principes s'y opposassent, accorder la *querela* aux héritiers légitimes ; néanmoins, il est certain qu'on la leur refusait : *Testamentum militis filii familiæ in castrensi peculio factum, neque a patre,*

<sup>1</sup> Loi 11. Dig. de castr. pec. XLIX. 17.

<sup>2</sup> Lois 1 et 2. Dig. de pec. Castr. XLIX, 17.

<sup>3</sup> Institutes. L. II, *quibus non est per. fac. test.* t. 12, pr.

<sup>4</sup> Je dis, suivant l'opinion dominante, car on sait, que l'interprétation de ces mots : *jure communi* est controversée. Dans ce système on fait remarquer que le *jus commune* à l'époque de Justinien appelait les héritiers *ab intestat* du fils de famille dans l'ordre cité par les Institutes. — Dans le système opposé on traduit *jure communi* par *jure peculii*, en se fondant sur la paraphrase de Théophile qui dit « selon le droit commun, c'est-à-dire, *jure peculii*. Voy. dans le premier sens : *Accarias.* op. cit. t. I, p. 729 et 730, n. 4. — *Demangeat.* op. cit. p. 655. — *Maynz.* op. cit. t. III, p. 97. — En sens contraire : *Ortolan.* op. cit. t. II, p. 469. — *Brocher.* op. cit. p. 38.

*neque a liberis ejus per inofficiosi querelam, rescindi posse* <sup>1</sup>.

L'empereur Constantin, en l'année 321, créa au profit des fils de famille, un nouveau pécule le *peculium quasi castrense*, comprenant tout ce qu'ils avaient acquis dans leur fonction de *palatini principes* <sup>2</sup>. Il était soumis aux mêmes règles que le pécule castrense, et le testament qui en réglait la dévolution se trouvait, quoique inofficieux, à l'abri de la plainte d'inofficiosité <sup>3</sup>. — Les avocats, les *agentes in rebus*, les fonctionnaires rétribués par l'État, les ecclésiastiques <sup>4</sup>, finirent par avoir aussi un pécule quasi castrense, et leur acte de dernière volonté jouit du même privilège. Mais par la Novelle CXXIII, cap. 19, Justinien modifia cette législation en décidant que les enfants et les ascendants des *clerici* devraient avoir leur légitime intacte.

Quand le fils de famille sortait de la puissance paternelle, les biens qu'il avait acquis dans la profession militaire, ou dans les autres professions que je viens d'indiquer, ne formaient plus un pécule; ils étaient soumis aux mêmes règles qui régissaient tous les autres biens: et le testament du fils ne bénéficiait plus du privilège d'être inattaquable par *querela inofficiosi testamenti* <sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Loi 24. Code de *inof. test.* L. III, t. 28.

<sup>2</sup> Loi 1. C. de *castr. omn. palat. pec.* L. XII, t. 31.

<sup>3</sup> Loi 37. pr. et § 1. de *inof. test.* L. III, t. 28. Code.

<sup>4</sup> Loi 50. C. de *Episcop. et cleric.* L. 1, t. 3.

<sup>5</sup> Loi 37. § 2. Code de *inof. test.* V, 2.

## SECTION II

**Des personnes auxquelles appartient la querela  
inofficiosi testamenti.**

22. — On a vu que la plainte d'inofficiosité avait pour but de faire rescinder le testament inofficieux ; le testateur était réputé mort intestat, et sa succession légitime s'ouvrait. — Il faut donc pour intenter la *querela*, avoir une vocation à cette succession, en d'autres termes, être héritier légitime. — Est-ce à dire que toute personne ayant cette qualité peut recourir à notre action lorsque son parent a laissé un testament inofficieux ? Certainement, non. Les rapports de parenté doivent être assez intimes pour que la violation des obligations morales qui en dérivent puissent en permettre l'exercice ; aussi ne reconnaît-on le droit de réclamer une hérédité par la *querela* qu'aux proches parents : en premier lieu aux *descendants* : le père est tenu de pourvoir au sort de ses enfants, surtout que durant sa vie, il absorbe leur personnalité et qu'il ne leur est pas permis d'avoir des biens ; — en second lieu, on l'accorde aux *ascendants* : ceux auxquels ils ont donné le jour, leur doivent de la reconnaissance, et mourant avant eux, ils sont obligés d'assurer leurs moyens d'existence. — En ligne collatérale, les obligations morales résultant des liens du sang ne se présentent pas avec la même force ; aussi n'admet-on, en troisième lieu, que les frères et sœurs à se plaindre de ce qu'ils ont été écartés de la succession et encore faut-il que certaines conditions que je déterminerai bientôt, soient remplies. — Ainsi trois



classes de personnes ont droit à la *querela* ; les descendants, les ascendants et les frères et sœurs. — J'étudierai chacune de ces trois catégories de personnes dans un paragraphe spécial.

### § 1<sup>er</sup>. — *Les descendants.*

SOMMAIRE : 23. Distinction : testament du père : tous les descendants, injustement exhéredés et appelés à sa succession soit par le droit civil, soit par le droit prétorien, soit par les constitutions impériales peuvent exercer la *querela*. — 24. Des enfants adoptifs. — 25. *Quid* des enfants naturels ? — 26. Des dispositions prises à leur égard au Bas-Empire. — 27. Le testament de la mère : la *querela* compète à tous les descendants injustement omis et appelés à sa succession soit par le droit prétorien, soit par le S. C. Orphitien, soit par les constitutions impériales. — 28. Elle appartient également aux enfants nés *ex concubinato* : — 29. Du S. C. Orphitien. — 30. L'enfant adopté par une femme peut-il attaquer son testament comme inofficieux ? — 31. Des Posthumes.

**23.** — Quels sont les descendants auxquels appartient la *plainte d'inofficiosité* ? — Pour répondre à cette question, il faut distinguer, selon moi, pour plus de clarté, le cas où il s'agit du testament inofficieux du père, et celui où il s'agit du testament inofficieux de la mère. Je prends le premier cas, et je vais m'occuper tout d'abord des enfants légitimes.

Tous les descendants *injustement exhéredés* et appelés à la succession *ab intestat* de leurs descendants, soit par le droit civil, soit par le droit prétorien, soit par les constitutions impériales, peuvent exercer la *querela*. Le *principium* du titre XVIII de *inof. test.* L. II aux Institutes s'exprime ainsi :

*Liberi queruntur aut inique se exheredatos, aut inique præteritos.* Il faut bien comprendre la portée de ce texte

et éviter une confusion. Il ne veut pas dire que les enfants peuvent attaquer le testament du père soit qu'il les ait exhéredés, soit qu'il les ait omis ; l'interpréter ainsi, cela serait commettre une grave erreur. En effet, lorsque je parlerai des différentes conditions requises pour que la *querela* puisse être efficacement intentée, nous verrons qu'elle constitue un *ultimum subsidium*, c'est-à-dire que l'on ne peut y recourir qu'à défaut de tout autre moyen d'arriver à la succession *ab intestat*. Or, si le fils n'avait pas été exhéredé, s'il avait été omis par son père dans son testament, cet acte aurait été nul, et il n'aurait pas besoin, par conséquent, d'aucun autre secours pour atteindre son but. Si le père omet la fille, le petit-fils ou ceux qu'il a émancipés, la *querela* leur sera refusée à tous, parce qu'ils ont une autre voie ouverte devant eux : les premiers, *le jus accrescendi* ; les seconds, la *bonorum possessio contra tabulas* <sup>1</sup>. — Les expressions *inique præteritas* ne se rapportent donc pas à notre cas, qui suppose, je le répète, que l'on critique le testament paternel ; elles ont en vue le cas où il s'agit de l'acte de dernière volonté de la mère, que les enfants ne peuvent attaquer que pour cause d'omission. Si les Institutes parlent en même temps d'exhéredation et de prétérition, la raison en est que ses rédacteurs ont envisagé à la fois les deux hypothèses sans faire de distinction. — Ainsi la *plainte d'inofficiosité* n'appartient qu'aux descendants, injustement exhéredés, et pour préciser, aux héritiers siens (parmi lesquels il faut ranger aussi la mère *in manum mariti* <sup>2</sup>) à l'émancipé, car les devoirs

<sup>1</sup> Voyez l'Introduction.

<sup>2</sup> La femme tombée *in manum mariti* sortait de la famille et de la puissance de son père, y perdait tous ses droits d'agnation et de

d'un père sont indépendants de la puissance paternelle, à l'adopté, dépouillés à tort de leurs droits successoraux au profit de personnes étrangères. — En ce qui concerne l'adopté, je dois insister un instant.

24. — Avant Justinien, l'enfant, par l'adoption, sortait de sa famille originaire, et y perdait tous ses droits de succession. Les jurisconsultes discutaient la question de savoir si l'adopté, omis dans le testament de son père naturel, pourrait l'attaquer, par la *querela*, comme inofficieux? Papinien et Paul soutenaient la négative; Marcien la lui accordait dans le cas où l'adoptant serait pauvre, (évidemment il devait s'agir d'une pauvreté survenue après l'adoption). On en trouve un exemple dans Valère Maxime. Lib. VII, cap. VII, n° 2: « le fils de Annéius Carséolanus, chevalier romain très distingué, avait été adopté par son oncle maternel Sufénas. Omis dans le testament de son père naturel, il le fit annuler par les Centumvirs, quoique Tullianus ami du grand Pompée fût un des héritiers institués et Pompée lui-même l'un des signataires... » Justinien décida que désormais l'adopté omis ne serait plus jamais admis à intenter la *querela* dans cette hypothèse.

Une fois entré dans la famille adoptive, le fils adoptif y était traité comme un enfant légitime. Si l'adoptant venait à l'exhérer injustement, rien ne l'empêchait de faire rescinder le testament. Seulement, durant la vie de son père adoptif, l'adopté se trouvait dans une position précaire; il était exposé au danger d'une éman-

succession pour entrer dans celle de son mari et les y acquérir; par rapport à lui; elle était *loco filix* (Gaius Com. I, § 114); par rapport à ses enfants, *loco sororis*; et en même temps *heres sua* (Gaius com. I, § 139).

cipation ; par là il perdait ses légitimes espérances, ses droits à la succession de ce dernier et d'après la loi des XII Tables et d'après l'édit prétorien <sup>1</sup>. Il fallait donc le protéger ; ce fut le Préteur qui tout d'abord vint à son secours en obligeant, dans ce cas, le père naturel, d'instituer ou d'exhérer l'enfant donné en adoption et émancipé ensuite, comme s'il n'était jamais sorti de sa famille. Si le père en faisant son testament manquait à l'*officium pietatis*, en l'exhérédant sans juste cause, on donnait à l'enfant la *querela* pour faire annuler cet acte. — Mais cette protection n'était pas suffisante, car l'enfant pouvait être renvoyé de la *familia adoptiva* après la mort de son père naturel. Il y avait toutefois une exception pour le cas où l'adopté avait été choisi entre trois enfants mâles (*ex tribus maribus fuerit adoptatus*;) dans cette hypothèse, en vertu du *Senatus-Consulte Sabinien*, l'adoptant était dans l'obligation de laisser le quart de ses biens à l'adopté *ex tribus maribus*. Cette quarte se nommait *quarte Sabinienne* <sup>2</sup>. Justinien, pour écarter le risque que courait le fils de perdre ainsi à la fois et la succession de son père naturel et celle de son père adoptif, reforma les effets de l'adoption, en distinguant deux espèces d'adoption <sup>3</sup>: l'*adoptio minus plena* faite par un extraneus et l'*adoptio plena* faite par un ascendant. Dans le premier cas, l'adopté reste dans la famille et sous la puissance de son père légitime. Il acquiert cependant un droit de succession *ab intestat* seulement sur les biens de l'adoptant, car il suffit à ce dernier,

<sup>1</sup> Loi 10. Code de *adoptionibus* VIII, XLVIII. Institutes. L. II, t. 18, de *inof. test.* § 2.

<sup>2</sup> Loi 10 pr. Code, de *inof. test.* III, 28.

<sup>3</sup> Institutes. L. III, t. I, de *hered. quæ ab int. defer.* pr. — Théophile, ad. h. l.

pour l'en priver, de faire un testament dans lequel il exhérède, et aucune action n'appartiendra alors à l'enfant. Dans le second cas, si c'est un ascendant<sup>1</sup> qui adopte, les anciens principes sont conservés, et l'adopté, dépouillé sans juste cause, pourra critiquer le testament de son ascendant adoptif, comme il aurait pu le faire à l'égard de celui de son père naturel.

L'adrogé a-t-il droit à la *querela* ? Je me contente pour le moment de poser simplement la question sauf à y revenir plus tard.

25. — Je passe aux enfants qui ne sont pas nés *ex justis nuptiis* et je me demande si notre action leur appartient également contre le testament de leur auteur ? Cela revient à me demander si la législation romaine leur reconnaît des droits à sa succession, car, je le répète, il faut avoir une vocation à cette succession pour pouvoir se plaindre, pour inofficiosité devant les Centumvirs. — La question est difficile.

Pas de difficulté tout d'abord s'il s'agit de *spuriis* ou *vulgo quæsitis*, c'est-à-dire des enfants issus d'une union passagère : ne se rattachant par aucun lien à un père qui est légalement inconnu et qui ne peut pas même se faire connaître<sup>2</sup>, ils n'ont évidemment aucun droit à sa succession et par conséquent ni à la *querela*.

<sup>1</sup> Pour que cette hypothèse soit possible, il faut supposer un ascendant non investi de la puissance paternelle : un ascendant maternel, ou un aïeul paternel, qui a émancipé son fils et adopté son petit-fils né depuis l'émancipation ; ou bien, le père et voici comment : un *paterfamilias* émancipe son fils qui a déjà des enfants, et retient ceux-ci sous sa puissance ; il pourra ensuite les donner en adoption à leur père.

<sup>2</sup> Le droit Romain n'admettait pas la reconnaissance des enfants naturels.



Mais où la difficulté commence, c'est lorsqu'il s'agit des enfants nés *ex concubinato*. Quant à moi, je pense, qu'ils n'ont pas plus de droits à la succession de leur auteur, que ceux *vulgo concepti*, en supposant même que la paternité ne soit pas douteuse, que la filiation soit établie en justice. (Je me place, bien entendu, à l'époque classique). — En effet, dans la loi des XII Tables, ne sont appelés à la succession que les *sui* et les *adgnati*, or l'enfant né dans le *concubinatus* n'étant pas sous la puissance de son père, n'est pas un *suus*<sup>1</sup>. — Trouve-t-il un secours dans le droit prétorien ? Non et je vais le prouver : il ne peut pas demander la *bonorum possessio undi liberi*, puisque le préteur ne l'accorde qu'aux *sui* du droit civil, ou à ceux qui seraient encore des *sui*, s'ils n'avaient pas subi une *capitis deminutio*<sup>2</sup>, or, je viens de démontrer que l'enfant né dans le concubinat, n'a pas cette qualité. — Il ne peut pas demander non plus la *bonorum possessio unde cognati*. Mais ici je rencontre des adversaires d'une autorité considérable : MM. Ortolan et Accarias<sup>3</sup> la lui confèrent pour la raison, qu'étant uni à son auteur par le lien du sang, il est son cognat et que toute parenté naturelle légalement certaine, qui s'est formée entre deux personnes libres, entraîne vocation réciproque à la *bonorum possessio unde cognati*. Il y a cependant exception à cette règle,

<sup>1</sup> Gaius. Com. III, § 2, et loi 3 de *his qui sui, vel ali jur. sunt* I, 6.

<sup>2</sup> Gaius. Com III § 26. — Ulpien *Regulæ* XXVIII. § 8. — Institutes. L. III, t. 4 de *her. qu. ab. int. defer.* §§ 9, 10, 11. — M. de Fresquet, dans son traité de droit Romain (t. II. p. 38) accorde à cet enfant la *bonorum possessio unde liberi* ; mais sa théorie n'est nullement fondée, aussi je n'insiste pas davantage.

<sup>3</sup> Ortolan. *Eplie. des Institutes*, t. III, p. 83. — Accarias. *Précis de dr. Rom.* t. II, p. 118.

disent ses auteurs, toutes les fois que le lien de parenté a pris naissance entre deux personnes dont l'une était en esclavage; peu importe que l'esclavage vienne ensuite à cesser, car *servilis cognitio nulla est*<sup>1</sup>. Telle est aussil'opinion de MM. Boissonade et Pilette<sup>2</sup> qui donnent à l'enfant naturel la *bonorum possessio unde cognati* et la *querela*. Sur ce dernier point MM. Ortolan et Accarias ne se prononcent pas. — Quelque autorisée que soit cette doctrine, j'essaierai de la combattre, car, pour mon compte, je ne la crois pas exacte. Voici mes raisons :

1° On ne trouve, au Digeste, *aucun texte* qui dise que l'enfant naturel est le cognat de son père, qui lui accorde la possession de biens *unde cognati* et la *plainte d'inofficiosité*; au contraire, lorsqu'il s'agit non plus du

<sup>1</sup> Loi 1, § 1. Dig. *unde cognati*, XXXVIII, 8. — Ces savants auteurs partent de l'idée que le *concubinatus* constituait à Rome un mariage inférieur, une union réglementée par la loi, que l'enfant qui y prenait naissance avait un *pater certus*, et qu'entre eux s'établissait une relation légale de parenté. (Accarias op. cit. I, p. 224. — Ortolan, t. II, p. 100 et suiv. — Voy. aussi Ch. Giraud : *Journal des Savants*. Mars, p. 176, 1880). Pour ma part, je crois au contraire que le *concubinatus*, à l'époque classique (pour le droit antérieur il n'y a pas de doute), était un simple fait dépourvu de tout caractère, de tout effet légal, que l'enfant naturel était un étranger vis-à-vis de son père et qu'aucune relation légale n'existait entre lui et son auteur. — M. Gide a soutenu cette théorie, d'une manière remarquable et par de nombreux arguments dans un mémoire lu à l'Académie des Sciences morales et politiques, en 1880 intitulé : *de la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine*. Voyez dans le même sens : Bonnier *sur Ortolan*, (édition Labbé) t. II, p. 688. — Labbé, *sur Ortolan*, t. II, p. 695. — Henry Michel, dans ses fort intéressantes études d'épigraphie juridique, intitulées : *Du droit de cité romaine*, 1885, p. 190. — Mispoulet : *Etudes d'institutions romaines*, 1887, p. 272 et suivantes.

<sup>2</sup> Boissonade : *Histoire de la réserve héréditaire*, p. 87. — Pilette : *lettre à M. de Rozière sur le concubinat*. *Revue historique de Droit*, 1895, t. XI.

père, mais de la mère, je trouve des textes qui déclarent formellement qu'il se rattache à celle-ci par la *cognitio*, qu'il viendra à sa succession par la *bonorum possessio unde cognati* et qu'il pourra, le cas échéant, intenter la *querela* contre son testament<sup>1</sup>. Qu'en conclure, sinon que l'enfant naturel, vis-à-vis de son père n'a aucun de ces droits ; autrement on ne comprendrait pas le silence complet des sources du droit romain à cet égard, surtout qu'à l'époque où je me place le *concubinatus* était fréquent.

2° Même d'après le sens que les Romains attachaient au mot *cognatio*, l'enfant naturel ne peut être le cognat de son père. La cognation, c'est la parenté par les femmes. En effet *Gaius* signale comme *cognati* les personnes *quæ per femini sexus personas copulatæ sunt*, et vis-à-vis des *parentes naturales*, les personnes qui sont dans une famille adoptive<sup>2</sup>. *Modestin* exprime la même idée : *naturalis cognatio intelligitur quæ per fæminam descendit, quæ vulgo liberos peperit*<sup>3</sup>.

3° Si l'enfant né *ex concubinato* a un père certain auquel il est uni par le lien de la cognation, le nom qu'il porte devrait être le même que celui du père, or, les inscriptions nous prouvent qu'il prend le *nomen gentilium* de sa mère, et non pas celui du père. En voici un exemple que j'emprunte à l'ouvrage de M. *Mispoulet* : *Etudes sur les Institutions romaines*, p. 286.

<sup>1</sup> *Gaius*. Loi 2. Dig. *unde cognati* XXXVIII, 8. — *Ulpien* loi 29. § 1, *de inof. test.* V, 2.

<sup>2</sup> *Gaius*. Com. III, § 30.

<sup>3</sup> *Modestin* : L. 4 § 2, D. *de gradibus et affinibus* XXXVIII, 8. — *Paul* : loi 10, § 2, D. *eodem tit.* : *qui autem per fæminas conjunguntur, cognati tantum nominantur*.

*Corp X, 4246.*

EX. TESTAMENTO. CN. NVMIDI. BERVLLT  
 L. ALLIO. L. F. QVATINO. FILIO. SVO  
 VIXIT. ANNIS. VII. ET. MENSES. V. ET  
 ALLIA. NYSAE. CONCVBINAЕ. SVAE. ET. SIBI. ET  
 etc<sup>1</sup>.

L. Allius, fils de Cn. Numidius et d'Allia sa concubine prend le nom de celle-ci.

4° Comment croire que l'enfant naturel a des droits de succession, lorsque je lis dans les textes qu'on lui refuse même le droit aux aliments ? Ulpien dit, en effet que le père est tenu de nourrir sa fille, si c'est une fille légitime : *si constiterit apud judicem juste eam procreatam*.

5° Voici enfin un passage du paragraphe 4 du chap. 12 de la Nouvelle LXXXIX, qui vient encore, et d'une manière décisive, selon moi, à l'appui de l'opinion que je défends :

*Si quis autem defunctus fuerit, legitima ei omnino sobole non extante.... neque legitima conjunge, deinde movinatur, non disponens de substantia sua.... libera mulier in schemate concubinæ sociata et filii ex ea.... et alimentum domus eis et intestatis parentibus defunctis duas paternæ substantiæ uncias habere et cum matre partiendas quanticumque fuerint illi....*

Il résulte clairement de ce texte que le droit de succession *ab intestat* sur la succession de son auteur, ne fut reconnu à l'enfant naturel que par Justinien et que

<sup>1</sup> Voyez dans l'ouvrage déjà cité de M. Henry Michel plusieurs exemples de ce genre, p. 191 et s.

<sup>2</sup> Loi 5 § 6, de agnoscendis et alendis liberis, XXV, 3.

jusqu'alors la paternité naturelle ne motivait ni droit alimentaire, ni droits successoraux ; dès lors ne suis-je pas fondé à soutenir que la doctrine de mes adversaires n'est pas exacte <sup>1</sup> ?

**26.** — Au Bas-Empire, la question que je viens de résoudre négativement ne se pose plus. En effet Constantin <sup>2</sup> défendit au père de disposer entre vifs ou par testaments en faveur des enfants naturels. Une constitution de Valens, Valentinien et Gratien <sup>3</sup> apporta un adoucissement à leur sort, en permettant au père de leur donner ou laisser une portion de ses biens plus ou moins forte suivant les cas. — Justinien enfin, en leur accordant, ainsi que je l'ai dit, un droit de succession *ab intestat* de leur auteur, décida que si celui-ci mourait, ne laissant ni femme légitime, ni enfants légitimes, un sixième de sa succession leur appartiendrait <sup>4</sup>. Mais remarquez qu'il ne s'agit là que d'un droit *ab intestat*, d'où cette conséquence que l'enfant naturel ne pourra pas se plaindre par la *querella* de l'exhérédation qui le frappe.

**27.** — J'arrive au second cas annoncé plus haut : une mère, en mourant, laisse un testament. De même que

<sup>1</sup> Voyez en ce sens Gide *op. cité* p. 574 et s. M. Esmein a réuni dans un beau volume (1885) trois monographies de M. Gide : *Etude sur la condition privée de la femme ; du caractère de la dot en droit romain ; de la condition de l'enfant naturel et de la concubine en droit romain*. La page que je cite est celle du volume et non pas celle de la monographie. — Bonnier *sur Ortolan op. cit.* p. 694. — Labbé *sur Ortolan, op. cit.* L. 1, *opp.* III, p. 695 et s. — Demangeat, *Cours de droit romain t. II*, p. 70. — Mispoulet, *Etudes d'Institutions romaines* p. 298.

<sup>2</sup> L. 3, C. Th. de nat. lib. IV, 6. — L. 1, C. Jus. de nat. lib. V, 27.

<sup>3</sup> Loi 4, C. Th. de nat. lib. IV, 6. — Loi 2, C. J. de nat. lib. V, 27.

<sup>4</sup> Nouvelle LXXXIX, cap. 12, §§ 4 et 6.



pour le premier, je dois rechercher quels sont les descendants qui sont admis à l'attaquer par la *plainte d'inofficiosité*? Tous les descendants appelés à sa succession soit par le droit prétorien, soit par le Sénatus-consulte Orphitien, soit par les constitutions impériales, ont le droit de critiquer par la *querela*, le testament de leur mère si elle les a injustement omis : *inique præteritos*. Ainsi donc, ils ne se plaindront pas d'une exhérédation unique comme tout à l'heure quand ils se trouvaient en présence de l'acte de dernière volonté de leur père, mais ils se plaindront d'une omission imméritée : car la mère n'est pas tenue de les exhérer, et si elle les omet, cette prétérition, ne rend pas nul son testament.

D'après l'ancien droit civil les enfants n'étaient pas appelés à sa succession ab intestat, parce qu'ils ne faisaient pas partie de sa famille et que le droit de succession se basait *jure civili* précisément sur les liens de la famille. — Seulement je m'empresse d'ajouter qu'il y avait un cas où il en était différemment, un cas où les enfants se trouvaient dans la même famille que leur mère et venaient à sa succession ; c'est lorsque celle-ci était tombée *in manum mariti*, alors devenant ses agnats en qualité de frère ou sœur consanguine, ils avaient une vocation à son hérédité et droit à la *querela*. C'est ce que constate *Gaius* <sup>1</sup> :

*Ut nec inter matrem et filiumve filiam ultro citroque hereditatis copiendæ jus competat, præterquam si per in manum conventionem consanguinitatis jura inter eos constiterint.*

Mais la *manus* disparut peu à peu, et alors si d'un côté la femme ne perdit plus ses droits dans la famille

<sup>1</sup> *Gaius*, Comm. III, § 24.

de son père, d'un autre, elle fut considérée civilement comme une étrangère à l'égard de son mari et de ses enfants <sup>1</sup>.

28. — Quand le Préteur créa les *bonorum possessiones*, il appela à la succession de la mère tous ses enfants, en accordant la *bonorum possessio unde cognati*, non seulement à ceux issus *ex justis nuptiis*, mais aussi à ceux nés en dehors du mariage, et quant à ces derniers, non seulement aux enfants nés d'un concubinat mais à tous les enfants naturels sans distinction, quelque honteuse que soit leur naissance<sup>2</sup>. Cela se conçoit : c'est un fait purement physique, le fait de la naissance qui engendre le lien qui rattache juridiquement l'enfant à sa mère, la *cognatio* ; or, cette *cognatio* est indépendante de la nature de l'union entre l'homme et la femme. En ce qui concerne notre action, elle leur appartenait également : *Ulpien*<sup>3</sup> déclare formellement que :

*De inofficioso testamento matris spurii quoque filii dicere possunt.*

29. — La *bonorum possessio unde cognati* n'était pas suffisante, car les descendants se trouvaient primés par les agnats. Aussi voyons-nous que sous le règne de Marc-Aurèle, le sénatus-consulte *Orphitien* vint appeler directement les enfants<sup>4</sup> à la succession de leur mère

<sup>1</sup> Ceci arrivait aussi quand la femme ne tombait pas in *manum mariti*, à l'époque où cette institution existait, chose rare d'ailleurs car la *manus* accompagnait presque toujours le mariage.

<sup>2</sup> Lois 2, 4, 8, Dig. *unde cognati* XXXVIII, 8. — Institutes L. III, t. 5, de *suc. agnatorum* § 4.

<sup>3</sup> Loi 29, § 1. Dig. *de inof. test.* V, 2.

<sup>4</sup> Le sénatus consulte Orphitien ne distingua pas les enfants *sui juris* et ceux *alieni juris*. Ces derniers ne pouvaient recueillir la succession que sur l'ordre du père et alors il l'acquerrait pour lui, excepté

de préférence aux agnats, même aux frères consanguins et aux sœurs consanguines de la défunte : *præferuntur consanguineis et adgnati defunctæ matris*<sup>1</sup>. Je fais remarquer que le sénatus consulte mettait aussi sur un pied de parfaite égalité l'enfant légitime, naturel ou *spurius*<sup>2</sup>. Mais en vertu de cet acte législatif, il n'y avait que le fils ou la fille et non pas les petits-enfants qui furent appelés à la succession maternelle. Cette lacune fut comblée par une constitution de Valentinien, Théodose et Arcadius qui permit aux petits-enfants de succéder à leur grand'mère et d'intenter la *querela* contre son testament inofficieux<sup>3</sup>.

30. — A Rome, les femmes ne pouvaient adopter. Fondée sur la puissance paternelle, création essentiellement civile, l'adoption n'était accessible qu'aux citoyens romains, seuls capables, d'exercer la *patria potestas*<sup>4</sup>. Cette règle absolue, à l'origine, reçut du droit impérial de profondes modifications sans que pourtant, l'on portât jamais atteinte au principe que la puissance paternelle est exclusivement réservée aux citoyens. A l'époque où l'on s'occupa de resserrer les liens entre la mère et ses enfants, en créant des droits de succession

dans le dernier état du droit lorsqu'ils eurent un pécule adventice (L. 1. C. de bon mat. VI, 60).

<sup>1</sup> Institutes. L. III, t. IV, de *senatus consulto orphitiano*. Pr.

<sup>2</sup> Institutes, L. III, t. IV, § 3. — Paul. Sent. Liv. IV, t. 10. § 1. — Ulpien, loi 1 § 2. Dig. ad. s. c. *orphitianum* liv. XXXVIII, 17. — Lorsque la mère était *illustris*, si elle avait des enfants légitimes et des enfant *vulgo quæsit* Justinien décida que les premiers prendraient toute la succession à l'exclusion des *spurii* (Loi 5 Code ad. s. c. *orph.* L. VI, t. 57.)

<sup>3</sup> Loi 4, §§ 2 et 3. C. Th. L. 5. tit. 1.

<sup>4</sup> Gaius. Com. I, § 104 : *Feminæ vero nullo modo adoptare possunt, quia ne quid naturales liberos in potestate habent.*

réciproque, la logique conduisit à accorder aux femmes, qui n'avaient plus d'enfants, la possibilité de s'en attacher d'autres par adoption. Pour la première fois, en 291, un rescrit de Dioclétien et Maximilien<sup>1</sup> autorisa, par faveur, une femme à adopter son beau-fils (*privignus*) *in solatium filiorum amissorum*<sup>2</sup>. Dans le droit de Justinien, cette adoption produisit les mêmes effets que celle faite par un *extraneus*. Dans le droit antérieur, l'adopté devenait l'héritier *ab intestat* de l'adoptante et pouvait même attaquer le testament dans lequel elle l'avait omis sans cause. Cependant Pothier conteste ce dernier point, parce que, dit-il, il n'y a pas dans ce cas une véritable adoption<sup>3</sup>. Je ne saurais admettre cette opinion. Je sais bien qu'une pareille adoption différerait sensiblement de l'adoption ordinaire en ce qu'elle n'opérerait ni changement de puissance paternelle, ni changement de famille, mais au point de vue de la *querela*, il n'y avait pas de différence à établir entre elles. Les textes fournissent des arguments décisifs à l'appui de ce que j'avance :

1° La loi 5, au Code, VIII, 48 s'exprime ainsi *in fine. utrum perinde atque ex te progenitum ad vicem naturalis legitimum filium habere permittimus*. Ce fragment assimile l'enfant adopté par une femme à l'enfant naturel ; or il est certain que celui-ci avait le droit à la *querela* ; donc l'adopté doit aussi l'avoir.

2° Ulpien dit : *quoniam femina nullum adoptare filium*

<sup>1</sup> Loi 5. Code de adopti. VIII, 48.

<sup>2</sup> Avec le temps, ce qui n'était qu'une faveur, devint un usage et dans le droit de Justinien, les mères qui avaient perdu leurs enfants, pouvaient en adopter d'autres, en le demandant à l'empereur. (Institutes. L. I, tit. XI, de adoptionibus. § 10).

<sup>3</sup> Pothier. Pand. t. III, ad. tit. de inof. test. V, 2, note. 2.

*sine jussu principis*<sup>1</sup> potest ; nec de inofficioso testamento ejus quam quis sibi matrem adoptivam falso esse existimabat, agere potest<sup>2</sup>. Ainsi si l'adoption a été faite *sine jussu principis*, elle n'est pas valable, et l'enfant ne pourra pas exercer la *querela*, donc, *a contrario*, si la femme a obtenu l'autorisation du Prince, l'adoption est valable et la *plainte* appartiendra à l'adopté contre sa mère adoptive pour faire tomber son testament inofficieux.

31. — *Des posthumes.* — Enfin les posthumes eux-mêmes ont aussi la *querela*, quoique cela puisse paraître étrange au premier abord, car d'un côté, le testateur, n'ayant pas prévu, le plus souvent, leur existence, ne saurait être soupçonné d'avoir violé à leur égard l'*officium pietatis*, et d'un autre côté, l'enfant n'étant pas encore né, il ne pourrait avoir aucun motif, de l'exhéréder ou de l'omettre. — Mais d'abord, s'ils étaient nés plus tôt, le testateur eût été obligé de leur laisser une portion de ses biens, sous peine de voir son testament exposé à être rescindé comme inofficieux ; leur prétention se fonde donc sur l'intention présumée du défunt ; ensuite d'après une idée admise par la législation romaine, l'enfant était responsable des fautes de son père<sup>3</sup>, de sorte qu'un petit-fils pouvait être, pour ce motif, écarté par son aïeul d'une succession ouverte seulement après la mort du coupable. Ulpien s'exprime dans les termes suivants :

*Postumus inofficiosum testamentum potest dicere eorum quibus suus heres vel legitimus potuisset fieri, si in utero fuerit mortis eorum tempore*<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Ces mots sont évidemment interpolés.

<sup>2</sup> Loi 29, § 3. Dig. de inof. test. V, 2.

<sup>3</sup> Loi 3, § 5. Dig. de bon. poss. c. tab. XXXVII, 4.

<sup>4</sup> Loi 6, pr. Dig. de inof. test. V, 2.



Remarquez que la *querela* ne leur compète que s'ils ont été exhérédés, car simplement omis, leur naissance rompt toujours le testament <sup>1</sup>. Ulpien ajoute qu'elle appartient aussi aux posthumes cognats :

... *Sed et cognatorum : quia et horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere. Quid ergo ? eis imputantur, cur intestati non decesserant : sed hoc nemo apud judicem potest impetrare, non enim interdicitur testamenti factio. Hoc plane ei imputare potest, cur eum heredem non scripserit : potuit enim scriptus heres in possessionem mitti ex clausula de ventre in possessionem mittendo : item natus, secundum tabulas haberet* <sup>2</sup>. Tout d'abord, voyons quels sont ces posthumes cognats dont parle le jurisconsulte. En voici deux exemples : 1° le petit-fils posthume dont le père, donné en adoption, est mort dans la famille adoptive, peut attaquer, pour inofficiosité, en qualité de cognat, le testament de son grand-père décédé sans avoir laissé ni héritiers siens, ni enfants émancipés, ni agnats <sup>3</sup>. 2° De même encore l'enfant dont la fille du testateur est enceinte au moment du décès de celui-ci ne pourra venir à la succession de son grand-père que par la *bonorum possessio unde cognati* <sup>4</sup>. — Le texte prévoit une objection : d'après le

<sup>1</sup> Institutes, L. II, t. 13. de *exher. lib.* § 1.

<sup>2</sup> Loi 6, pr. Dig. V, 2.

<sup>3</sup> Institute, L. III, t. I, de *hered. quæ ab. int. def.* § 13. — Loi 21, § 1. Dig. de *bon. poss. c. tab.* XXXVII, 4.

<sup>4</sup> Sous Justinien ces deux cas ne se présentent plus : le premier, parce que cet empereur en reformant la matière de l'adoption décida que l'enfant donné en adoption à un *extraneus*, ne sortirait plus de sa famille naturelle ; le second, parce qu'une Constitution de Valentinien, Théodose et Arcadius (que nous connaissons) appela les petits-enfants à la succession de leur aïeul maternel dans l'ordre des héritiers siens.

droit civil, il était défendu d'instituer un posthume externe<sup>1</sup>; or par la *querela*, le réclamant se plaint précisément de ce qu'il n'a pas été institué; dès lors comment accorder cette action aux posthumes et qualifier d'inofficieux l'acte de dernière volonté du testateur, du moment que celui-ci, alors même qu'il aurait désiré lui laisser une partie de sa fortune, n'aurait pas pu le faire? — Certes, répond Ulpien, d'après le droit civil, cette institution n'aurait pas été valable, mais le droit prétorien qui avait pris naissance à côté du droit civil, pour le confirmer, le compléter, le corriger<sup>2</sup> admettait une pareille institution; et le posthume institué, était envoyé en possession, avant sa naissance, en vertu de la clause *de ventre in possessionem mittendo*; et après sa naissance, on lui accordait la *bonorum possessio secundum tabulas*.

## § II. — Des ascendants.

SOMMAIRE. 32. Motifs sur lesquels est fondé le droit des ascendants. — 33. Quels ascendants en sont investis? — 34. Droits de l'ascendant émancipateur *jure civili* et *jure prætorio*. — 35. Droits des ascendants naturels et adoptifs de l'enfant donné en adoption. — 36. Droits des ascendants d'un enfant devenu *sui juris* sans sortir de sa famille. — 37. Ascendants de l'enfant né *ex concubinato*. — 38. Droits de la mère.

32. — La seconde classe des personnes qui, à défaut de descendants, ont droit à la *querela* sont les *ascendants*. L'amour paternel, la piété filiale, la reconnaissance, la crainte que les parents se trouvent dans la vieillesse, dépourvus des moyens de subsistance, tel est l'idée qui justifie l'obligation qui incombe aux enfants

<sup>1</sup> Gaius. Com. II, § 242.

<sup>2</sup> Institutes, L. III, t. IX, de *bon. possessionibus*, pr. §§ 1 et 2.

de laisser, en mourant, une partie de leur fortune à ceux qui leur ont donné la vie et qui leur survivent. *Nam et si parentibus*, dit Papinien<sup>1</sup>, *non debetur filiorum hereditas, propter votum parentium et naturalem erga filios caritatem, turbato enim ordine mortalitatis, non minus parentibus quam liberis pie relinqui debet.* Et ailleurs<sup>2</sup> il s'exprime ainsi : *Non sic parentibus liberorum ut liberis parentium debetur hereditas; parentes ad bona liberorum ratio miserationis admissit, liberos naturæ simul et parentium commune votum.*

33. — Pour que les ascendants aient droit à la plainte d'*inofficiosité*, il faut qu'ils soient appelés *jure civili* ou *jure prætorio* à la succession de leurs enfants ; or ils ne sont appelés à leur succession que dans le cas où les descendants sont devenus *sui juris*, car soumis à la puissance paternelle de leur père, ils n'avaient pas primitivement de biens, et quand, plus tard, ils en eurent, on ne leur reconnut pas la capacité de laisser une hérédité *ab intestat*, (du moins jusqu'à Justinien :) A leur mort, le pécule passait toujours au *paterfamilias jure peculii* et non pas *jure hereditario*. Quant au testament qu'ils avaient pu faire, il échappait, ainsi que je l'ai montré, à cette action. Ainsi pour que la *querela* compète aux ascendants il faut supposer que l'enfant, après avoir été émancipé ou donné en adoption et affranchi ensuite de la puissance de son père adoptif, ou après être devenu *sui juris* par suite de son élévation à certaines dignités, vienne à mourir sans enfants, en

<sup>1</sup> Loi 15, pr. Dig. de inof. test. V, 2.

<sup>2</sup> Loi 7, § 1. Dig. si tabulæ testamenti nullæ extabunt unde liberi, XXXVIII, 6.

laissant un testament dans lequel il passe sous silence ses ascendants.

34. — Je vais m'occuper d'abord de la première de ces trois hypothèses, de celle où un fils, ayant été émancipé, institue un *extraneus* dans son acte de dernières volontés et omet son père.

On sait comment se faisait, à Rome, l'émancipation et quelles étaient les formalités solennelles, mais il est nécessaire de les rappeler ici au moins brièvement, car la manière dont l'émancipation était opérée, exerçait une influence considérable sur le règlement de la succession de l'émancipé et partant sur le droit des ascendants à la *querela*.

A l'origine le père qui voulait affranchir son fils de sa puissance, était obligé de recourir, comme nous le dit Gaius<sup>1</sup>, à des ventes et des affranchissements successifs. Voici en effet comme on procédait : le père vendait son fils *per mancipationem* à un acheteur, qui s'engageait à l'affranchir ensuite. Cet affranchissement ne rendait pas le fils *sui juris* mais le replaçait sous la puissance de son père. On recommençait ensuite deux fois cette série d'opérations<sup>2</sup> ; après la troisième mancipation la puissance paternelle était éteinte et le fils se trouvait sous le *mancipium* du *coemptionator*<sup>3</sup>. Alors de deux choses l'une : ou bien, ce dernier l'affranchissait lui-même du *mancipium* : alors l'enfant devenait *sui juris*, et le *manumissor* était considéré comme patron,

<sup>1</sup> Gaius. Com. I, § 132. — Ulpien. *Reg.* X, § 1.

<sup>2</sup> La loi des XII Tables l'exigeait ainsi : *quum pater filium ter vendidit filius a patre liber esto*.

<sup>3</sup> S'il s'agissait d'une fille ou d'un petit-fils, une seule mancipation suivie d'un affranchissement suffisait pour éteindre la puissance paternelle.

acquérait des droits fort importants de tutelle et de succession : il devenait son tuteur, si l'émancipé était impubère, et lui succédait, si plus tard, il mourait *intestat* et sans descendants. Ainsi donc ce *manumissor jure civili* primait, dans l'ordre successoral, le père, qui ne pouvait venir à la succession de son fils que par la *bonorum possessio unde cognati*. Mais le Préteur, corrigeant sur ce point le droit civil, lui accorda la *bonorum possessio unde decem personæ* <sup>1</sup> en vertu de laquelle il arrivait en premier ordre, à la succession de l'émancipé, après ses enfants, à l'exclusion du *manumissor*. — Ou bien au moment de la troisième émancipation, le père a eu soin de faire avec le *coemptionator* un *contract de fiducie*, par lequel ce dernier s'obligeait à lui remanciper le fils. Alors une fois remancipé, l'enfant se trouvait sous le *mancipium* de son père, et si dans cette situation, celui-ci l'affranchissait, c'était lui qui avait le droit de succéder à l'émancipé mort *intestat* et sans enfants <sup>2</sup>.

De tout ceci, il résulte que l'ascendant, ayant une vocation à la succession de ses descendants, devenus *sui juris* par l'émancipation, pouvait attaquer par la *querela* le testament dans lequel ils l'avaient omis.

Outre la *plainte d'inofficiofité*, le *parens* émancipateur avait un autre droit. Lorsqu'un maître affranchissait son esclave, si cet esclave en mourant sans postérité, laissait un testament dans lequel il avait passé sous silence son patron, le Préteur l'autorisait à demander la

<sup>1</sup> Institutes, L. III, t. IX, de *bon. posse.* § 3.

<sup>2</sup> Sous Justinien, le contract de fiducie est toujours sous entendue; l'ascendant qui veut émanciper son enfant n'a qu'à se présenter devant le magistrat et déclarer que sa volonté est de l'émanciper. — Institutes Lib. I, t. XII, § 6. — Code loi 6. Lib. VIII, tit. 49.



moitié de l'hérédité par la *bonorum possessio contra tabulas*<sup>1</sup>, or, le *parens manumissor*, étant assimilé au patron, jouissait aussi de ce recours contre une injuste prétérition<sup>2</sup>. Mais cette *bonorum possessio* ne constituait pas à son profit, un droit certain et définitif : voici un texte de Papinien qui le démontre bien :

*Contra tabulas filii possessionem, jure manumissionis, pater accepit, et bonorum possessionem adeptus est, postea filia defuncti, quam ipse exheredaverat, quæstionem inofficiosi testamenti recte pertulit : possessio, quem pater accepit ad irritum recidit, nam priore judicio de jure patris, non de jure testamenti quæsitum est : et ideo universam hereditatem filix cum fratribus restitui necesse est*<sup>3</sup>.

Un enfant émancipé avec contract de fiducie, meurt en laissant un testament dans lequel il a exhéredé injustement sa fille et omis son père. Après que celui-ci a demandé et obtenu la *bonorum possessio contra tabulas*, la fille intente la *querela* contre l'institué et contre son grand-père. Elle triomphe, le testament est annulé et le testateur est réputé mort *intestat*. Dans ce cas la loi, qui règle elle-même la dévolution de la succession, y appelle en premier ordre les descendants à l'exclusion des ascendants : le père devra donc restituer la moitié

<sup>1</sup> Loi 3 § 12, de *bon. libertorum*. XXXVIII, 2. — Institutes, L. III, tit. 7, de *suc. lib.* § 1. — Gaius. Com. III, § 41.

<sup>2</sup> Je montrerai plus loin que le principe suivant lequel la *querela* n'appartenait pas au réclamanant, s'il a un autre moyen pour arriver à la succession, ne s'oppose pas à ce que je viens de dire.

Justinien conserva au patron le bénéfice de cette possession en la réduisant, dans le cas où l'affranchi laisserait plus de 100 sous d'or, au tiers de l'hérédité. Institutes, Lib. III, t. 7, § 3.

<sup>3</sup> Loi 16, § 1, de *inof. test.* V, 2.

de l'hérédité dont il avait la possession, à la fille, qui prendra, par conséquent, toute la succession, sauf règlement à faire en ce qui touche les fruits<sup>1</sup>. — On voit que la possession de biens n'a procuré aucun avantage à celui qui l'avait obtenue, au père ; mais pourquoi ? c'est parce que le Préteur, en le lui accordant, n'avait à se préoccuper que d'une chose, à savoir si les conditions requises pour avoir droit à cette possession de biens étaient remplies, mais il n'était point tenu de rechercher, s'il n'y avait pas d'autres personnes qui fussent appelées de préférence à lui, à la succession.

35. — Je passe à la seconde hypothèse à celle d'un enfant donné en adoption et affranchi de la puissance paternelle, qui laisse un testament inofficieux. Voyons quel est le droit de l'ascendant naturel et celui de l'ascendant adoptif. — Trois cas se présentent ici : l'adopté vient à mourir : 1° *sui juris* par le prédécès de l'adoptant. 2° après avoir été émancipé, sans contract de fiducie, par son père adoptif, 3° postérieurement à son émancipation, *contracta fiducia*.

*Premier cas.* — Le jour où par le décès de l'adoptant, l'adopté devenait *sui juris* : s'il décédait lui aussi sans enfants, sa succession revenait aux agnats, à ses frères adoptifs ou à des membres plus éloignés de sa famille adoptive, par préférence au père naturel, qui ne pouvant invoquer que le titre de cognat, se trouvait écarté de la succession, et par suite de la *querela*.

*Deuxième cas.* — L'adopté a été émancipé sans contract de fiducie. Le *manumissor extraneus*, étant appelé, d'après le droit civil, à sa succession, s'il mourait *intestat* et sans enfants, excluait le père naturel. Mais le

<sup>1</sup> Loi 20, § 1, de *ped. hered.* V, 3.

droit prétorien venait à son secours par la *bonorum possessio unde decem personæ* qui lui permettait d'écarter à son tour le *manumissor* et de recueillir la succession à sa place. Dès lors si l'émancipé laissait un testament inofficieux, le père omis, en vertu de sa vocation héréditaire, pouvait le faire rescinder par la *querela*. C'est ce que dit Modestin :

*Adversus testamentum filii in adoptionem dati pater recte de inofficioso testamento agere potest*<sup>1</sup>.

*Troisième cas.* — L'émancipation a été faite *contracta fiducia*. Ici l'adoptant émancipateur, en qualité de patron, excluait le père naturel. Mais si le premier décédait avant l'émancipé, celui-ci n'ayant plus pour héritiers ses agnats, (le lien qui l'unissait à eux s'étant brisé par l'émancipation), la vocation héréditaire passait à ses cognats, et parmi eux, en premier lieu, à son père naturel.

36. — J'arrive à la troisième et dernière hypothèse, à celle d'un fils devenu *sui juris* sans sortir de sa famille, par suite de son élévation à certaines dignités. Ce résultat se produisait lorsqu'il était inauguré *Flamen dialæ*<sup>2</sup>, ou investi du titre de patrice<sup>3</sup>, ou enfin appelé aux fonctions d'évêque, de consul, de préfet, de *magister equitum*<sup>4</sup>. A sa mort à défaut de descendants, son père se trouvait le plus proche hérédier et comme tel avait le droit d'intenter la *querela* contre le testament qui le privait de la succession.

<sup>1</sup> Loi 30, pr. Dig. de inof. test. V, 2.

<sup>2</sup> Gaius. Com. I, § 130. La dignité de Vestale libérait de la puissance paternelle les filles qui en étaient revêtues.

<sup>3</sup> Inst. L. I, t. 12, *qui. mod. jus pot. solv.* §. — Loi 5. Code de consul. XII, 3.

<sup>4</sup> Nouvelle, LXXXI.

37. — En m'occupant des descendants je n'ai pas reconnu le droit de succession et par voie de conséquence, la *plainte d'inofficiosité* à l'enfant issu *ex concubinato* à l'égard de son père et j'ai indiqué quelles étaient les raisons qui justifiaient ma solution : à l'inverse les mêmes raisons me décident à la refuser, au père contre le testament inofficieux de son enfant.

38. — La mère en tombant sous la *manus* de son mari, devenait vis-à-vis de ses enfants *loco sororis* et leur succédait comme telle dans l'ordre des agnats<sup>1</sup>. Quoiqu'une sœur agnate, dans cette hypothèse, n'eût pas, au début, la *querela*, sa qualité de mère lui permettait pourtant d'attaquer le testament. En dehors de ce cas la mère et les ascendants maternels pouvaient arriver à la succession de leurs enfants, à titre de cognats, *jure prætorio*, au moyen de la *bonorum possessio unde decem personæ*, accordée aux dix cognats les plus proches pour exclure le *manumissor extraneus*<sup>2</sup>. L'empereur Claude (c'est Justinien qui nous l'apprend) déféra à une mère par faveur spéciale, *ad solatium amissorum liberorum*, l'hérédité légitime de ses enfants<sup>3</sup>. Enfin le sénatus-consulte Tertullien l'appela directement à la succession que laisserait son fils ou sa fille<sup>4</sup>. Mais ce sénatus-consulte n'établissait ce droit pour la mère, que comme un privilège pour celle qui aurait eu un certain nombre d'enfants, déterminé par la loi, trois si elle était ingénue, quatre si elle était affranchie, en

<sup>1</sup> Bien entendu, il faut supposer que le père était déjà mort avant eux.

<sup>2</sup> Institutes, L. III, tit. IX, de *bon. poss.* § 3.

<sup>3</sup> Institutes, L. III, tit. III, de *Sen. Con. Test.* § 4.

<sup>4</sup> La mère, d'après le S. C. Test. ne succédait pas à ses petits enfants.

d'autres termes, il fallait qu'elle ait eu le *jus liberorum*. En outre elle ne recueillait la succession de son enfant que dans le cas où il venait à mourir sans laisser ni descendants, ni frères agnats. Quant aux sœurs agnates, la mère concourrait avec elles pour une moitié de l'hérédité <sup>1</sup>. — D'après une constitution de Constantin, elle enleva un tiers de la succession à l'agnat du troisième degré ou d'un degré ultérieur, si elle n'avait pas le *jus liberorum* mais réciproquement, la mère qui possédait ce droit, dut laisser un tiers de la succession au *patruus*, à son fils ou petit-fils, fussent-ils sortis de la famille civile du défunt <sup>2</sup>. — Les empereurs Théodose et Valentinien décidèrent que la mère ayant le *jus liberorum* et se trouvant en présence d'un oncle paternel, prendrait deux tiers de la succession ; mais qu'elle devait laisser un tiers au frère émancipé, dans le cas contraire <sup>3</sup>. — Sous Justinien elle ne fut jamais exclue par aucun parent collatéral : elle prima les collatéraux autres que les frères et sœurs, et elle partagea avec les frères et sœurs, *sive consanguinei sint, sive sola cognationis jura habentes*, en prenant une part virile, s'il y avait des frères et une moitié s'il n'y avait que des sœurs <sup>4</sup>. Toutes les fois que la mère était appelée à la succession *ab intestat* de son enfant, elle pouvait exercer la *querela* contre le testament dans lequel ce dernier l'avait omise :

<sup>1</sup> Ulpien. *Regulæ* XXVI, § 8. — Loi 47. Code de *inof. test.* III. 28.

<sup>2</sup> Loi 1. C. Th. de *legit. hered.* V, 1.

<sup>3</sup> Loi 7. C. Th. de *leg. hered.* V, 1.

<sup>4</sup> Institutes, L. III, tit. III, de S. C. Test. § 5. Justinien supprima pour la mère la nécessité d'avoir le *jus liberorum* pour venir à la succession de ses enfants (L. 2. C. VIII, 59.)



§. III. — *Des collatéraux.*

SOMMAIRE : 39. A l'époque classique le frère était admis à exercer la *querela* sans que le lien d'agnation fût exigé, mais il fallait que que l'institué fût une personne velle. — 40. De la *turpitude* des héritiers institués. — 41. Des autres parents collatéraux. — 42. Des modifications apportées par Dioclétien et Maximilien. — 3. Constantin exigea le lien d'agnation entre le frère décédé et le *querelans*. — 44. Justinien ne l'exigea plus. — Des raisons données pour expliquer, dans la législation de cet empereur, l'exclusion des utérins de la *plainte d'inofficio*sité. — 45. *Quid*, au point de vue de cette action, au cas de concours des ascendants et des frères et sœurs ?

39. — En ce qui concerne les collatéraux, voici ce que l'on dit dans les Institutes de Justinien :

*Soror autem et frater turpibus personis scriptis hereditibus, ex sacris constitutionibus prælati sunt : non ergo contra omnes heredes agere possunt. Ultra fratres igitur et sorores cognati nullo modo aut agere possunt aut agentes vincere*<sup>1</sup>. Il résulte de là que si les Romains admettaient sans limite les descendants et les ascendants à exercer la *plainte d'inofficio*sité, à l'égard des collatéraux ils se montraient plus réservés, car, à part les frères et sœurs germains ou consanguins, ils la leur refusaient en général, quoiqu'il fussent appelés à la succession *ab intestat*. Il n'y a donc pas ici corrélation entre la vocation héréditaire et la *querela* ; cette action n'est pas ici la conséquence nécessaire de la qualité de successible.

Mais procédons par ordre et occupons-nous d'abord du droit antérieur à Justinien, car les règles n'ont pas été toujours les mêmes.

Pour l'époque classique, je distingue suivant qu'il

<sup>1</sup> Institutes, L. II, t. 48, de *inof. test.* § 1.

s'agit d'un frère ou d'un tout autre parent collatéral du défunt. Dans le premier cas, deux points me paraissent ressortir des textes : 1° Il n'y a aucune différence à faire entre les frères germains, consanguins ou utérins ; tous indistinctement ont la *querela*. 2° L'exercice de cette action est subordonnée à la condition d'une institution de personnes viles. — J'essaierai d'établir la preuve de ce que j'avance.

*Premier point.* — Ulpien s'exprime en ces termes dans un fragment du Digeste :

*Cognati enim proprii qui sunt ultra fratrem melius fecerent si sumptibus inanibus, non vexarent, cum obtinere spem non haberent*<sup>1</sup>. Ainsi le Jurisconsulte nous dit que, tandis que les cognats au-delà du degré de frère, ont peu d'espoir de réussir, les frères cognats peuvent en tenter avec succès la *plainte d'inofficiosité* ; or l'expression de frère cognat est employée dans un sens large, général, elle comprend par conséquent les frères germains, consanguins ou utérins<sup>2</sup>, car tous sont ses *cognati*. Je sais que M. Boissonade prétend qu'à cette époque on exigeait du frère la qualité d'agnat pour qu'il puisse intenter la *querela*, qu'Ulpien dans ce texte a dû employer le mot *agnati* et que c'est Justinien qui lui a substitué celui de *cognati*<sup>3</sup>. Mais, à mon avis, cette substitution n'est guère prouvée et je trouve au Digeste un autre fragment dans lequel le même Ulpien se plaçant dans l'hypothèse où un frère agirait contre des institués, n'exige nullement qu'il soit uni au défunt par le lien de l'agnation, qu'il soit germain ou consanguin :

<sup>1</sup> Loi 1. Dig. de inof. test. V. 2.

<sup>2</sup> Les utérins arrivaient à la succession par la *bonorum possessio unde cognati*.

<sup>3</sup> Boissonade. op. cit. p. 89.

*Quid enim si fratre agente, heredes scripti diversi juris fuerunt? etc.*,<sup>1</sup>. Rien n'y révèle qu'on faisait une distinction entre les germains et consanguins d'une part, et les utérins d'une autre ; autrement les textes n'auraient pas manqué de la mettre en relief.

*Second point.* — Il faut, pour que le frère réussisse dans sa demande, que l'institué soit une personne vile. J'appuie cette proposition sur deux textes : le premier c'est celui que je viens de reproduire en dernier lieu, la loi 24. Ulpien constate que souvent il arrive qu'un demandeur en intentant la *querela* ne triomphe qu'en partie, ce qui se produit quand un frère étant demandeur *heredes scripti diversi juris fuerunt*. Quelle serait cette diversité de condition entre plusieurs institués, sinon leur différence au point de vue de l'honorabilité. — L'autre texte est un fragment de Paul<sup>2</sup> :

*Quantum ad inofficiosi liberorum vel parentum querelam pertinet, nihil interest quis sit heres scriptus, ex liberis, an extraneis, vel municipibus.* Le jurisconsulte veut établir une opposition entre le droit des descendants ou ascendants et celui des collatéraux. Il importe peu, dit-il, quel est l'institué quand les premiers se proposent d'attaquer le testament qui les écarte de la succession. Je suis donc autorisé à prétendre qu'il n'en était plus de même lorsqu'il s'agissait d'un frère et qu'on recherchait si l'héritier inscrit jouissait ou non d'une *integræ existimationis* pour refuser la *querela* dans le premier cas ou l'accorder dans le second. — Je n'ignore pas que certains auteurs, notamment M. du Caurroy<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Loi 24. Dig. de inof. test. V. 2.

<sup>2</sup> Loi 31. § 1. Dig. de inof. test. V. 2.

<sup>3</sup> Du Caurroy : *Institutes de Justinien expliquées et traduites t. I, p. 450, note b.* (éd. 1852).

soutiennent que la condition dont je m'occupe en ce moment pour l'exercice de notre action, ne date que depuis Constantin <sup>1</sup>, et qu'ils estiment que les textes invoqués en faveur de mon opinion ont été interpolés par Justinien pour les mettre d'accord avec sa législation. Ceci me paraît inexact, et ma manière de voir se trouvera consolidée davantage par le passage suivant de *Valère Maxime* <sup>2</sup>.

*Pompeius Rheginus, vir transalpinæ regionis præteritus esset... multum ac diu inter assentientes indignationi suæ amicos questus, quod ad hastæ judicium attinuit cineres fratris quietos esse passus est : et erant ab eo instituti heredes, neque sanguine patrio pares, neque proximi, sed et alieni et humiles ; ut non solum flagitiosum silentium, sed etiam prælatio contumeliosa videri posset.*

Ainsi pour laisser reposer tranquilles les mânes de son frère, Pompéius Rhéginus préféra ne pas en venir à une accusation juridique quoique les institués fussent de basse condition et que dès lors le succès de sa plainte fût certain. — Ce passage montre bien que déjà au temps de Maxime Valère le frère ne pouvait attaquer le testament dans lequel il était omis que si l'héritier inscrit était une personne vile. — Dira-t-on que ces lignes ont été interpolées?! Evidemment non, n'étant pas l'œuvre d'un jurisconsulte <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Voici la constitution de Constantin à laquelle on fait allusion : *Serius necessarius heres instituendus est quia non magis patrimonium quam infamiam consequi videtur. Unde claret, actionem inofficiosi fratribus relaxatam cum infamiæ, adspargitur vitii is, qui hæres extitit, omniaque, fratribus tradiquæ per turpitudinem, aut aliquam levem notam capere potest institutus, etc.* (Loi 3, C. Th. de *inof. test.* II, 19).

<sup>2</sup> Valère Maxime. op. cit. Lib. 7, cap. 8, n° 4.

<sup>3</sup> Dans ce sens : Pothier. t. III, *Com. ad inof. test.* — Gothof. *Comm.*

40. — Je crois avoir suffisamment prouvé les deux points que j'avais annoncés ; voyons maintenant dans quels cas une personne ne jouissait pas à Rome d'une *integræ existimationis* ?

La considération personnelle, l'honneur civil constituait pour le citoyen, un droit, une sorte d'état, qu'il conservait dans son intégrité tant qu'il restait civilement irréprochable<sup>1</sup>. *Existimatio est dignitatis in læsæ status, legibus ac moribus*<sup>2</sup>. Cette considération, d'après la constitution précitée de Constantin, était susceptible de recevoir trois atteintes différentes : l'*infamia*, la *turpitude*, la *levis nota*. L'*infamia* qui devait à l'édit du Préteur son origine ou du moins son développement, enlevait à l'*infamis* une série de prérogatives, exactement définies dans des cas déterminés et qu'on trouve énumérés au Digeste au titre : *de his qui notantur infamia* et au Code au titre : *ex quibus causis infamia erogatur*, II, 12. — Lorsque le citoyen, par une conduite notoirement honteuse s'était attiré la juste réprobation des honnêtes gens, alors même qu'il ne devenait pas *infamis* était cependant frappé d'une certaine dégradation civile. Dans ce cas il constituait ce qu'on appelait à Rome une *persona turpis*. — La *levis nota* atteignait les comédiens (*qui artem ludicram faciunt*) et les affranchis<sup>3</sup>. En ce qui touche ces derniers, le texte apporte une exception : si le testateur instituait héritier son esclave, son frère ne pouvait pas faire rescinder le testa-

*ad leg. I, C. Th. de inof. test.* — En sens contraire voyez : Puttmann : *diss. de querela inof. test. fratribus ulerinis haud concedenda. Lipsiæ* 1761. *Cap. I. § 3.*

<sup>1</sup> Marezoll : *Droit privé des Romains. Trad. Pellat* (1882), p. 209.

<sup>2</sup> Loi 5. § 1. *Dig. de extrad. cognit.* 50, 13.

<sup>3</sup> Voyez Ortolan. *Généralisation. t. I, n 74, et s. p. 580.*



ment comme inofficieux, parce que le testateur en lui préférant un *servus* n'avait pas été poussé par un sentiment de haine ; en agissant ainsi, il voulait éviter un malheur qui le menaçait : s'il décédait insolvable, un tout autre institué aurait répudié la succession, et alors les biens auraient été vendus au nom du défunt, et l'infamie, conséquence ordinaire de la *bonorum venditio*, aurait flétri sa mémoire. En désignant pour héritier son esclave qu'il affranchissait, celui-ci devenait *heres sive velit, sive nolit*, c'était lui que les créanciers poursuivaient, c'était en son nom que se faisait la vente de biens, c'était lui, enfin, qui encourait l'infamie ; la mémoire du *decurus* restait intacte <sup>1</sup>.

41. — A l'égard des collatéraux, autres que les frères (bien entendu, toujours à l'époque classique), il n'y avait aucun texte de loi qui leur permît ou défendît l'exercice de la *querela*. Aussi toutes les fois qu'un testament les privait de la succession à laquelle ils auraient été appelés à défaut de cet acte de dernière volonté, ils ne manquaient d'en demander la rescision. Seulement devant le Tribunal de la Lance (les Centumvirs considérant probablement que le lien du sang ne se présentait pas dans ce cas avec autant de force que si le *querelans* était un frère) ils échouaient presque toujours, paraît-il, dans leur prétention. C'est pourquoi Ulpien les conseille de ne pas se livrer à des frais inutiles pour aboutir à un insuccès : *melius facerent si se sump-*

<sup>1</sup> Si la vente des biens héréditaires ne produisait pas une somme suffisante pour désintéresser les créanciers, l'esclave restait tenu sur les biens qu'il acquerrait plus tard. On sait que le Préteur vint à son secours en lui accordant la *bonorum separatio*. — Institutes L. II, t. 19, § 1. — Gaius. Com. II, § 155.

*tibus inanibus non vexarent cum obtinere spem non haberent*<sup>1</sup>.

42. — Dioclétien et Maximilien par une constitution de l'an 294 accordèrent d'une manière expresse la *querela* à la sœur, sans faire non plus de distinction entre les frères et sœurs germains, consanguins ou utérins ; mais ils la refusèrent formellement à tout autre parent en ligne collatérale, même aux neveux. Cependant ces derniers furent admis à attaquer le testament comme faux par l'action criminelle ;

*Fratris vel sororis filii patrus vel avunculi, amitæ etiam materteræ testamentum frustra dicunt : cum nemo eorum qui extranversâ linea veniunt, exceptis fratre et sorore, ad inofficiosi querelam admittatur. De falso sane per accusationem criminis queri non prohibentur*<sup>2</sup>.

43. — Constantin modifia gravement cette législation par une Constitution de l'an 319 qui forme au Code Théodosien la loi 1, *de inof. test.* II, 19 dont voici les termes :

*Fratres uterini ab inofficiosis actionibus arceantur, et germanis tantummodo fratribus adversus eos duntaxat institutos heredes quibus constiterit esse notas detestabiles turpitudinis, agnatione durante, sine auxilio Prætoris petitionis aditus reservetur.*

Trois propositions s'en dégagent nettement : 1° les frères germains ou consanguins seuls ont droit à la *querela* ; les sœurs en sont exclues. 2° Les frères qui bénéficient de cette action doivent être les agnats du défunt ; donc ceux qui n'ont plus cette qualité, ne pourront pas y recourir pour attaquer le testament. 3° Il faut

<sup>1</sup> Loi 1. Dig. *de inof. test.* V. 2.

<sup>2</sup> Loi 21. Code *de inof. test.* III, 28.

que l'institué soit une *persona turpis*. — Quoique le texte ne parle que des frères germains, néanmoins j'ai placé, à côté d'eux, aussi les consanguins, et je ne pense pas qu'il y ait quelque chose de téméraire de ma part : l'antithèse établie entre les utérins et les germains me paraît indiquer que cette dernière expression comprend également ceux qui sont nés du même père, mais non de la même mère. — M. Laferrière critique vivement les dispositions prises par cet empereur : « C'était là, dit-il, une constitution rétrograde et bien inférieure au droit des jurisconsultes de l'école stoïcienne..... Constantin se mettait en contradiction avec le principe favorable à la ligne maternelle, à la parenté par les liens du sang. Cette loi est tellement contraire à l'esprit général de sa législation qu'on ne peut s'empêcher d'y voir la réaction systématique qui entraînait le zèle de l'empereur chrétien à réformer les lois ou les institutions émanées de Dioclétien ; mais le droit sanctionné par le persécuteur du christianisme était ici le droit enseigné par les grands jurisconsultes de Rome, et la réaction tombait en excès<sup>1</sup>.

44. — Justinien combina les deux constitutions de Constantin<sup>2</sup> en une seule qu'il inséra dans son Code, mais en opérant des changements importants au droit des collatéraux :

*Fratres vel sorores uterini ab inofficiosi actione testamentum fratris vel sororis penitus arceantur : consanguinei autem durante agnatione vel non, contra testamentum fratris sui, vel sororis de inofficiosi quæstionem mo-*

<sup>1</sup> Laferrière. *Histoire du droit romain et français* (1847), t. II, p. 507 et 508.

<sup>2</sup> Constitutions : lois 1 et 3. C. Th. *de inof. test.* II, 19.

*vere possunt, si scripti heredes infamiæ, vel turpitudinis, vel levis notæ macula adspergantur : vel liberti, qui perperam et bene merentes, maximisque beneficiis suum patronum adsecuti, instituti sunt, excepto servo necessario herede instituto*<sup>1</sup>.

Je fais remarquer que le mot *germani* qui figurait dans la constitution de Constantin a été remplacé par celui de *consanguinei*. Justinien voulut, sans doute, écarter, par là, l'incertitude à laquelle il donnait naissance, sans prendre garde que de l'expression qu'il employait, en résultait une autre : on aurait pu, en effet, soutenir qu'il ne fallait pas rechercher la condition des institués lorsque des frères germains attaquaient le testament, car d'après le texte, cette restriction paraissait ne se rapporter qu'à l'exercice de la *querela* par les consanguins. — En comparant la législation de cet empereur avec celle de Constantin, je trouve deux différences bien marquées : d'abord Justinien confère aux sœurs la *plainte d'inofficiosité*<sup>2</sup> ; ensuite il n'exige plus que les frères et sœurs soient unis au défunt par le lien de l'agnation ; qu'ils soient agnats ou non peu importe : omis dans le testament, ils auront droit à la *querela*, mais toujours à la condition que les *heredes scripti* ne jouissent pas d'une *integræ existimationis*. Il maintint cependant l'exclusion des frères et sœurs utérins. Ceci paraît étonnant, car du moment que Justinien les appela avec les consanguins à la succession *ab intestat* de leur frère<sup>3</sup>, pourquoi ne pas leur permettre de faire rescinder le testament qui les privait de cette succes-

<sup>1</sup> Loi 27. Code de *inof. test.* III, 28.

<sup>2</sup> Institutes, L. II, t. 18, de *inof. test.* § 1.

<sup>3</sup> Loi 45 § 2. Code de *leg. hæred.* VI, t. 58.

sion. Quel en est le motif ? Bluntscheli <sup>1</sup> pense qu'il y a eu là une simple inadvertance de la part des compilateurs. Suivant M. Accarias <sup>2</sup> l'attribution de la *querela* aux frères et sœurs s'expliquerait par cette idée que les biens du défunt ont été autrefois leur copropriété, alors qu'ils étaient comme lui et avec lui soumis à la puissance du père commun ; or les utérins n'ayant jamais été copropriétaires n'avaient aucun titre pour en profiter. D'autres auteurs conjecturent que Justinien a voulu, par là, donner une plus grande liberté de tester. Enfin on a dit encore que l'exhérédation des utérins qui portaient le *nomen alienæ gentis* et faisaient partie d'une autre famille, présentait quelque chose de moins injurieux <sup>3</sup>. De toutes ces raisons quelle en est la véritable ? Je ne saurais le dire ; j'estime qu'il vaut mieux se borner à constater la chose et répéter avec Julien et Neratius : *Non omnium quæ a majoribus constituta sunt, ratîs reddi potest. Et ideo rationes eorum quæ constituuntur inquiri non oportet, alioquin multo ex his quæ certa sunt subvertuntur* <sup>4</sup>.

45. — Une dernière question avant de terminer ce paragraphe. D'après la Novelle CXVIII les frères et sœurs germains étaient appelés à la succession en concours avec les ascendants. Je suppose qu'un testateur institue comme héritier des personnes d'une parfaite honorabilité, en passant sous silence ses ascendants. Ceux-ci

<sup>1</sup> Bluntscheli : *Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen* p. 150.

<sup>2</sup> Accarias. *Précis de dr. rom.* t. I, p. 889.

<sup>3</sup> Bauer : *Diss. de eo quod justum est circa formam exheredationis.* — Lipsiæ. 1731 § 16, *in fine*.

<sup>4</sup> Lois 20 et 24, *de legibus, senatusque consultis et longa consuetudine.* Dig. I, t. 4.



intentent la *querela* et font tomber le testament : alors s'élève la question de savoir si les frères et sœurs du testateur profiteront de cette rescision. — Voët prétend que non parce qu'ils n'ont pas droit à la *plainte d'infirmité* quand l'institué n'est pas une personne vile<sup>1</sup>. Vinnius soutient l'opinion contraire, celle qui a fini par prévaloir : *Illud extra controversiam positum esse debet, victoriam parentum fratribus quoque prodesse, cum nulla sit ratio cur resciso testamento et re ad causam intestati reducta, fratres excludantur*<sup>2</sup>. En effet la plainte d'infirmité attribuée aux frères et sœurs subissait certaines restrictions dans l'intérêt de l'héritier inscrit. Mais quand par l'effet de l'annulation du testament, cette institution n'existait plus et qu'on se trouvait en présence de la succession *ab intestat* quelle raison pouvait-on présenter pour empêcher que les règles concernant la dévolution de l'hérédité ne s'y appliquassent? aucune. Il est vrai qu'ils profitaient, de cette manière, d'une action qui ne leur appartenait pas dans ce cas, mais à Rome ce fait arrivait souvent et n'avait rien d'anormal : *Sæpe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum petere potest*<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Voët : *Com. ad Pand. de nof. test. n° XI.*

<sup>2</sup> Vinnius : *select. juris quæst. Lib. I, cap. XIX.*

<sup>3</sup> Loi 3. dig. *quæ res pig. vel hyp. datæ. XX, 3.* — Boissonade : *op. cit. p. 126.* — Dans le droit antérieur à Justinien la solution de Vinnius conduit à un résultat qu'on a beaucoup de peine à accepter : une mère intente la *querela* contre un institué qui est une personne des plus honorables : elle triomphe. Si par hasard le défunt avait un frère agnat, celui-ci excluera la mère et prendra toute la succession !

## CHAPITRE TROISIÈME

DE LA DÉVOLUTION DE LA QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI. — DES PERSONNES CONTRE LESQUELLES S'INTENTE CETTE ACTION.

Je diviserai ce chapitre en deux sections : dans la première j'examinerai la question de la dévolution de la *querela* ; dans la seconde, je rechercherai quelles sont les personnes contre lesquelles elle s'intente.

### SECTION I

#### De la dévolution de la *querela inofficiosi testamenti*.

SOMMAIRE : 56. La *querela* est dévolue d'ordre à ordre. — 47. La dévolution n'est pas admise de degré à degré ; démonstration. — 48. Réfutation du système opposé.

**46.** — La question que je vais examiner dans cette section est celle-ci : si celui qui est appelé le premier à attaquer le testament, ne veut pas ou ne peut pas intenter la *querela*, d'autres héritiers *ab intestat* pourront-ils l'intenter ?

La solution fit difficulté ; il y eut controverse entre les jurisconsultes romains : mais l'affirmative finit par

triompher. Voici le texte qui nous l'apprend : c'est un fragment de Paul :

*Si is qui admittitur ad accusationem nolit vel non possit accusare, an sequens admittatur, videndum est, et placuit posse est fiat successioni locus*<sup>1</sup>.

Que la dévolution s'opère d'ordre à ordre, c'est ce qui n'est guère contestable en présence d'un texte de Papien, ainsi conçu :

*Pater filium emancipavit et nepotem ex eo retinuit, emancipatis suscepto postea filio, duobus exhereditatis, patre præterito, vita decessit; in questione de inofficiosi testamenti, præcedenti causa filiorum patris intentio adhuc pendet : quod si contra filios judicetur, pater ad querelam vocatur et suam intentionem implere potest*<sup>2</sup>.

Je fais l'espèce : un père a émancipé son fils, en retenant sous sa puissance l'enfant né de ce fils ; puis le fils émancipé meurt, après avoir eu un autre enfant. Dans son testament, il avait exhéredé ses deux fils, et omis son père. Le jurisconsulte nous dit que la *plainte d'inofficiosité* appartiendra d'abord aux enfants, mais s'ils échouent, elle passera au père. — Ainsi lorsque le testateur, en instituant une personne étrangère, exhérède son fils et omet son père, c'est le fils qui tout d'abord a le droit à la *querela* ; mais s'il y renonce ou s'il ne peut pas en profiter, soit parce qu'elle est déjà prescrite, soit parce qu'il y a succombé, c'est le père qui sera alors appelé à l'exercer, et si je suppose que lui aussi y renonce, l'action passera à la fin aux frères et sœurs, aux conditions que j'ai indiquées dans le chapitre précédent.

**47.** — Mais existe-t-il aussi une *successio graduum* ?

<sup>1</sup> Loi 31. pr. Dig. de inof. test. V. 2.

<sup>2</sup> Loi 14. pr. Dig. de inof. test. V. 2.

Je m'explique : Il peut se faire que dans la même catégorie de personnes (*ordo*), des successibles se trouvent à des degrés différents, et que le successible du premier degré ne veuille pas ou ne puisse pas intenter la *querela*, alors s'élève la question de savoir si celui du degré subséquent pourrait l'exercer, en excluant ainsi l'ordre suivant. Y a-t-il ici, en d'autres termes, une *successio de gradu ad gradum in eodem ordine*? — L'hypothèse est celle-ci : Un père exhérède son fils et passe sous silence son petit-fils, le père meurt et le fils renonce à attaquer le testament ; la *querela* s'ouvre-t-elle au profit du petit-fils ?

Beaucoup d'auteurs n'hésitent pas à y répondre affirmativement. Pour ma part, je n'accepte pas cette solution et je crois au contraire que la dévolution n'est pas ici admise ; voici pourquoi :

1° Un petit-fils n'est pas appelé à la succession *ab intestat* de l'aïeul lorsqu'il est précédé de son père ; or la *plainte d'inofficiosité*, nous l'avons vu, se présente comme une conséquence de la vocation héréditaire, donc elle ne peut pas lui compéter. En effet la succession légitime n'est pas révolue de degré à degré, mais d'ordre à ordre : *quod si nemo eorum adgnatorum adierit*, dit Ulpien, *ad insequentem gradum, ex lege, hereditas non transmissitur quoniam in legitimis heredibus, successio non est*<sup>1</sup>. Dans chaque ordre le droit de succéder se trouve concentré sur la tête de celui qui occupe le premier rang. Le fils ne voulant pas recueillir la succession, elle passe à l'ordre suivant. « Sans doute, dit M. Machelard qui « prête l'appui de son autorité au système que je défends,

<sup>1</sup> Ulpien. *Regulæ*. tit. XXVI, § 5. — Gaius. *Com.* III, § 22. — Paul. *Sente.* Lib. IV, tit. 8 § 23.

« les jurisconsultes romains disaient de l'exhérédé qu'il  
 « devait être tenu pour mort : *nam pater eorum pro*  
 « *mortuo habetur*, porte la loi 1, § 5, Dig. *de conj. cum*  
 « *emancip.* Mais il est évident que cette fiction ne pou-  
 « vait élever autitre de *sui heredes*, les *nepotes in potestate*  
 « quand le *filius* avait été exhérédé, car à raison de la  
 « puissance paternelle, la succession eût été recueillie  
 « par leur père, ce qui aurait rendu illusoire l'exhéré-  
 « dation » <sup>1</sup>. Aussi l'aïeul n'est-il pas tenu d'exhérer  
 le petit fils, quand celui-ci est précédé de son père :  
*cum nec exheredari hujus modi nepos deberet de avo, quem*  
*pater præcedebat* <sup>2</sup>. Dès lors comment le *nepos* aurait-il  
 pu se plaindre, critiquer le testament ?

2° Le Préteur, dans cette hypothèse, ne donne au petit-fils aucune espèce de *bonorum possessio* :

*Si quis filium, quem in potestate habuit, instituerit heredem, vel exheredaverit, et ex eo nepotem omiserit, bonorum possessioni locus non est, quia non esset nepos suus heres futurus. Eadem sunt et sequentibus gradibus* <sup>3</sup>.

3° Il ressort d'une constitution de Justinien qui forme au Code la loi 34 (à notre titre) <sup>4</sup> que le petit-fils était

<sup>1</sup> Machelard : *Dissertations de dr romain et de droit français*, 1882, p. 612.

<sup>2</sup> Paul. Loi 4 § 1. Dig. *de bon pos. contr. tabulas*. L. XXXVII, tit. 4.

<sup>3</sup> Paul. Loi 4 § 1. Dig. *de bon. pos. con. tab.* XXXVII, 4.

<sup>4</sup> Voici cette constitution : « Si quis filium suum exheredatum fecerit, alio scripto hærede, reliquerit autem ex eo nepotem vel vivum, vel in ventre nurus suæ constitutum ; deliberante vero scripto herede filius exheredatus decesserit, nulla hereditatis petitione ex nomine de inofficioso constituta, vel preparata, omne adjutorium nepotem dereliquit : neque enim pater nepoti aliquod jus, eum decesserit, contra patris sui testamentum derelinquit : quia postea et adita est ab extraneo hereditas, et supervixit aro pater ejus : ut neque ex lege Velleia possit in locum patris sui succedere, et rescindere testamentum. Et hoc nonnulli jurisconsulte in medium proponentes inhumane



privé de tout secours dans le cas où son père exhérédé venait à mourir, pendant la délibération de l'héritier institué, sans avoir intenté la *querela*, ou du moins manifesté l'intention de l'intenter. La loi Julia Velleia ne lui servait à rien, car elle ne lui permettait de prendre la place de son père que lorsque celui-ci était décédé avant l'aïeul, or ici le père a survécu à ce dernier. Ce résultat était fâcheux : peut-être ce fils avait été exhérédé sans motifs sérieux, peut-être à l'aide de la *querela* eût-il fait tomber le testament qui le privait de la succession : mais il est mort sans avoir eu même le temps de la mettre en mouvement. Justinien, touché de l'iniquité que présentait cet état de choses, décide que le fils transmettra la *querela* au petit-fils, alors même qu'il serait mort sans avoir préparé l'exercice, et que celui-ci l'exercera *ex persona patris*. Qu'il s'agisse d'une transmission, pas de doute en présence des termes de la constitution : elle nous dit, en effet, d'abord que le *nepos* aura les mêmes droits que le fils : *eadem jura nepoti dari quæ filius habebat* ; ensuite que l'institué devra prouver l'ingratitude du second et non pas celle du premier. — Ainsi donc Justinien ne change le droit antérieur que dans un seul cas, lorsque le père meurt après l'aïeul et avant que l'héritier inscrit ait fait connaître son parti relativement à la succession. Mais en dehors

reliquerunt. Sed nos (qui omnes subjectos nostras et filios et nepotes habere existimamus affectione paterna et imitatione) secundum quod possibile est omnium commodis prospicientes, jubemus, in tali specie eadem jura nepoti dari, quæ filius habebat : etsi præparatio facta non est ad inofficiosi querelam instituendam, tamen posse nepotem eandem causam proponere : et si non heres apertissimis probationibus ostenderit ingratum patrem nepotis circa testatorem fuisse... »

de ce cas, il n'accorde aucune ressource au *nepos*, omis dans le testament. — Eh bien ! si le principe de la dévolution de degré à degré existait, le petit-fils aurait dû avoir la *querela* dans l'hypothèse prévue par la constitution ; au contraire, Justinien déclare que *omne adiutorium nepotem dereliquit*, c'est donc que cette dévolution n'était pas consacrée ; et du moment qu'elle n'avait pas lieu lorsque le père décédait, il devait en être de même quand celui-ci continuait à survivre, ne voulait pas ou ne pouvait pas agir, car au point de vue de ce principe, la renonciation est mise sur le même pied que le décès de la personne qui occupe le plus proche degré.

4° Les Basiliques, enfin, viennent à l'appui de ce système ; j'y lis :

Εἰ δὲ ὁ πατήρ αὐτῇ ἐτι περιῶν παρηδήσατο προφανῶς τὴν πατὰ τῆς διαδόχης μεμψιν ἢ τῇ παραδρομῇ τῆς πενθενδιάς ἀπεκχείσδῃ γυέτι βοηδεῖται οὗτος ὁ ἔνγονον. Traduction : *Sed si pater ejus superset palam repudiaverat querelam, vel quinquinni cursu exclusus sit nos est quo succurit nepoti possit.*

48. — La plupart des interprètes prétendent qu'à l'époque classique le petit-fils avait le droit d'exercer en son propre nom une *querela* qui lui était personnelle et que la constitution de Justinien vint seulement lui permettre d'exercer l'action même de son père comme si celui-ci, déjà avant sa mort, l'avait mise en mouvement ; de telle sorte que le petit-fils eut ensuite le choix de l'intenter soit *ex propria persona* soit *ex persona patris*, selon qu'il lui était plus facile de prouver l'absence de motifs d'exhérédation à l'égard de l'un ou à l'égard de l'autre<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Doneau : *Comm. de jure civili* XIX, 7. — Vinnius. *Select. jur.*<sup>\*</sup>

Je repousse cette manière de voir, car elle est contraire, selon moi, au texte de la loi 34 et à son esprit; au texte: comment en effet Justinien aurait-il pu dire: *omne adjutorium nepotem dereliquit*, et reproché aux jurisconsultes de n'avoir pas trouvé remède à cette situation (*et hoc nonnulli jurisconsulti in medium proponentes inhumanæ reliquerunt*) si le petit-fils avait de son chef la plainte contre le testament? Je sais qu'on répond à cela qu'il est assez dans le style des constitutions du Bas-Empire, d'exagérer l'importance des innovations qu'elles introduisent pour rehausser le mérite de l'Empereur. Mais Justinien ou du moins les rédacteurs de ses lois savent qu'ils disent et connaissent le droit de leur temps et dès lors on doit donner créance à ce qu'ils rapportent. — A l'esprit de la loi: Si le *nepos* a *ex propria persona* le droit d'attaquer le testament comme inofficieux, il n'a que faire de l'action de son père. Ce serait donc uniquement le petit-fils ingrat, indigne à l'égard du testateur, qui ne triompherait pas en exerçant son propre droit qui profiterait de cette constitution. Comment comprendre qu'il soit l'objet d'une telle faveur?

*quæst. lib. I, cap. XX.* — Pothier. *Pand. ad tit. de inof. test. tom. III, n. 10 note 4.* — Vernet, *op. cit. p. 115.* — Boissonade, *op. cit. p. 81 note 1.*

<sup>1</sup> Mon savant maître, M. Labbé, pour expliquer comment le petit fils n'avait pas d'action de son chef, combine le principe de la non dévolution de la succession entre héritiers du même ordre avec la décision suivant laquelle la *querela* appartient à celui qui s'est trouvé le plus proche héritier au jour de la mort du testateur. Il fait remarquer, à cet effet, qu'il y avait controverse entre les jurisconsultes sur le point de savoir quel était le point de départ du délai fixé pour intenter la *plainte d'inofficiosité*: la mort ou l'adition d'hérédité. La mort, dit-il, n'eût pas même été proposée comme principe du délai si le droit n'eut pris naissance dès cette époque. (*De la manière de calculer la réserve.*

## SECTION II

**Des personnes contre lesquelles s'intente la querela inofficiosi testamenti.**

SOMMAIRE : 49. La *querela* ne peut être intentée que contre un possesseur *pro herede ex testamento*. — Applications. — 50. Objection tirée d'un texte de Tryphoninus. — Réfutation.

49. — La *querela*, à la différence de la pétition d'hérédité, ne peut pas être intentée contre quiconque possède *pro herede* ou *pro possessore* ; on ne comprendrait pas que le plaignant vînt opposer l'inofficiosité du testament à une personne qui prétend ne pas tenir de cet acte son droit aux choses qu'on lui réclame ; aussi le défendeur à cette action devra-t-il être un possesseur *pro herede ex testamento*. Ainsi tout d'abord, elle pourra être dirigée contre l'héritier institué, sans avoir à rechercher quelle en est sa qualité : qu'il soit parent, ascendant ou descendant, ou bien étranger au *querelans*, peu importe<sup>1</sup>. Par exemple, une mère omet son fils et institue le père de ce dernier ; un fils passe sous silence sa mère et institue son frère : le fils aura la *querela* contre son père ; la mère contre son enfant. Si une mère, en omettant dans le testament son fils *in potestate patris*, désigne pour héritier un *extraneus* et laisse au père un legs qu'il accepte ; l'action née dans la personne du fils sera exercée par son père contre l'institué. Il est vrai qu'on pourrait objecter ici que celui qui reçoit un legs, se rend non recevable de critiquer le testament qui le contient, mais l'objection disparaît si on remar-

<sup>1</sup> Loi 31. pr. Dig. de *inof. test.*, V. 2.

que que le père n'exercera pas *la querela* de son propre chef, mais *nomine filii*; c'est ce que disent aussi les Basiliques :

Εἴτε λεγάτον ὁ πατήρ μου λάβῃ ἐκ τῆς μητρῶας μου διαδὴκην, ἢ καὶ τῇν χηρονομίαν αὐτῆς, οὐ κωλύομαι καὶ ὑπεξόνους αὐτοῦ ὦν κινεῖν τῆς πατρὸς τῆς διαδίκης μέμψιν, καὶ ὁ πατήρ μου ονομάτῃ μου κινεῖ : *Traduction : Si pater meus legatum accepit ex testamento matris meæ vel etiam hereditatem ejus, non prohibeor, etiam in ejus potestate sim, agere querela inofficiosi, et pater meus nomine meo agit.*

A la mort de l'héritier institué, la *plainte* peut être dirigée contre son propre héritier en vertu de la règle : *heredem heredis testatoris esse heredem*<sup>1</sup>.

Si l'institué est grevé d'un fideicommiss universel, et que la restitution en a été effectuée, aux termes d'une constitution de Sévère et Antonin la *querela* sera intentée contre le fideicommissaire comme actuel possesseur de l'hérédité :

*Cum de inofficioso matris suæ testamento filius dicere velit, adversum eum qui ex causa fideicommissi hereditatem tenet ; non est iniquum hoc ei accommodari, ut perinde fideicommissarias teneatur ac si pro heredo aut pro possessore possidet*<sup>2</sup>. Si ces empereurs eurent à se prononcer sur ce point, ce fut pour enlever un doute provenant ici de ce que le fiduciaire, même après la restitution, reste le véritable héritier. Leur décision se justifie par le manque d'intérêt du fiduciaire au procès, du moment que le fideicommissaire se trouvait en possession de l'hérédité. — Lorsque le sénatus-consulte Trébellien déclara que *fiduciarias* serait complètement

<sup>1</sup> Loi 14. Code de *hæred. pet.* VI, 24.

<sup>2</sup> Loi 1. Code de *inof. test.* III, 28.



étranger aux conséquences de son adition, et que le fideicommissaire serait *loco heredis*, évidemment la plainte continua à être dirigée contre lui. Mais si le premier invoquait le sénatus-consulte Pégasien, pour retenir la quarte, il devait alors prendre part au procès. — Avant la restitution des biens, le fiduciaire seul est tenu de notre action.

*La plainte d'inofficiosité* peut être exercée même contre le fisc, quand les biens héréditaires lui ont été dévolus en vertu des lois Julia et Papia Poppæa. Dans ce cas la cause est portée devant le *Procurator Cæsaris* :

*Si heredum Quintiniani quem patrem tuum esse dicis, adversus quos de inofficioso testamento acturus eras, jure successionis, bona ad fiscum pertinet, vel ipsius Quintiani bona, ut pote vacantia, fiscus tenet ; causam apud procuratorem nostrum agere potes*<sup>1</sup>.

Enfin elle est admise contre l'Empereur lui-même, lorsque le testateur, afin d'opposer un adversaire redoutable à ses parents, l'a choisi pour héritier. Seulement il paraît que les Empereurs répudiaient la succession de ceux qui laissaient des enfants. Je lis dans Suétone<sup>2</sup> qu'Auguste avait coutume de la céder aux enfants ou s'ils étaient mineurs, il la leur rendait le jour qu'ils prenaient la robe virile ou qu'ils se mariaient, en y ajoutant un présent<sup>3</sup>.

50. — Le principe suivant lequel le défendeur à la *querela* doit être un possesseur *pro herede ex testamento* paraît être en contradiction avec un texte de Tryphoninus dans lequel on voit que le défendeur n'est ni un

<sup>1</sup> Loi 10. Code de *inof. test.* III, 28.

<sup>2</sup> Suétone *Auguste* ch. LXVI.

institué, ni un successeur universel de l'institué<sup>1</sup>. Un père qui a émancipé l'un de ses fils et retenu l'autre sous sa puissance, exhérède ce dernier et omet l'émancipé dans son testament. Après l'addition des institués, l'enfant émancipé obtient du prêteur la *bonorum possessio contra tabulas*. Mais comme le fils exhérédé ne doit pas être privé de sa part dans la succession, il intente la *querela* contre son frère pour avoir la moitié de l'hérédité : *sed ad hereditatis petitionem admittendus est ex causa inofficiosi querelæ contra emancipatus movendæ* ; or, l'émancipé ne détient pas la succession en vertu du testament. — On peut expliquer ce texte de deux manières différentes : 1° On peut penser que le mot *querela* y est mis par erreur et qu'il s'agit d'une pétition d'hérédité pure et simple, dirigée par le fils exhérédé contre le fils émancipé. En effet le testament a été anéanti au profit de ce dernier et il ne peut plus être question d'action d'inofficiosité du moment que l'exhérédation a disparu avec le testament. 2° Si l'on veut justifier l'expression de Tryphoninus, on peut admettre que, par l'effet purement relatif de la chose jugée, le testament n'est réputé annulé, que dans les rapports de l'institué et du *bonorum possessor*, mais qu'il subsiste à l'égard de l'exhérédé qui ne peut revendiquer sa part qu'en exerçant la *querela* contre son frère, représentant l'institué<sup>2</sup>.

Le *querelans* n'a pas le droit d'attaquer ni les légataires, car leurs droits dépendent de l'institution, ni les fideicommissaires à titre particulier ; mais dans la crainte

<sup>1</sup> Loi 20. pr. de bon. pos. contr. tabul. XXXVII, IV.

<sup>2</sup> Dans la loi 16 § 1. Dig. V. 2, que j'ai déjà analysée, on voit se produire un résultat analogue.

d'une collusion entre l'institué et le plaignant, on leur permet d'intervenir au procès et Antonin le Pieux leur accorda le droit d'interjeter appel de la sentence, si elle rescinde le testament <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Loi 29, pr. Dig. *de inof. test.* V. 2. — loi 14, pr. Dig. *de appel et relat.* XLIX, 1.

## CHAPITRE QUATRIÈME

### DES CONDITIONS EXIGÉES POUR LE SUCCÈS DE LA (QUERELA)

Le succès de la *querela* est subordonné à trois conditions. Il faut :

1° Que l'héritier exhéredé ou omis, ne trouve ni dans le droit civil, ni dans le droit prétorien aucun autre recours contre le testament qui l'exclut, aucune autre voie pour obtenir tout ou partie de l'hérédité.

2° Que l'exhéredation ou l'omission ait été faite sans juste cause.

3° Que le plaignant n'ait pas reçu du testateur la *quarte legitime*.

Chacune de ces trois conditions fera l'objet d'une section spéciale.

#### SECTION I

#### DE L'EXISTENCE D'UN AUTRE RECOURS QUE LA (QUERELA)

SOMMAIRE : 51. Motifs de cette première condition. — Applications.  
— 52. L'adrogé impubère peut-il exercer la *querela* ? — 53. Exception.

**51.** — Pour le succès de la *querela*, il faut, ai-jedit, que l'héritier exhéredé n'ait pas d'autre voie, ni civile, ni prétorienne pour obtenir tout ou partie de l'hérédité.

Cette condition s'explique par cette considération que la *querela* portait atteinte à l'honneur de l'une ou de l'autre des parties intéressées, soit du réclamant, quand il était reconnu avoir mérité l'exclusion, soit du testateur et des héritiers institués quand le jugement décidait le contraire. Aussi la qualifiait-on de *accusatio*<sup>1</sup> et d'après un passage de Pline le Jeune, les héritiers institués pouvaient, suivant les circonstances, être frappés d'infamie : *ne ex centumvirale iudicio capitis rei exirent*<sup>2</sup>. Pour ces raisons l'on n'admit la *plainte d'inofficiosité* que dans un ordre subsidiaire et à défaut de tout autre moyen d'invalidier le testament. Elle constituait donc un *ultimum subsidium* ou comme dit Justinien *ultimum adiutorium* (εσχάτη βοήθεια<sup>3</sup>).

Par application de ce principe ne peuvent exercer la *querela* :

1° les filles et les petits-fils en puissance, omis par le père de famille, car le droit civil leur accorde le *jus accrescendi* et le droit prétorien la *bonorum possessio contra tabulas* dont j'ai parlé plus haut.

2° le fils émancipé omis par son ascendant, puisqu'il a la ressource de la *bonorum possessio contra tabulas*.

3° L'héritier légitime lorsqu'il arrive à la succession, parce que les institués ne font pas adition ou que le testament est déclaré nul<sup>4</sup>. A cet égard, il y a un texte d'Ulpien, conçu dans les termes suivants :

*Si quis et irritum dicat testamentum, vel receptum, et*

<sup>1</sup> Loi 6, § 2. *de inof. test.* V, 2.

<sup>2</sup> Pline, *Epist.* V, 1. — Maynz. *op. cit.* t. III, p. 378.

<sup>3</sup> Loi 4, *de lib. præst.* Code. VI, 28.

<sup>4</sup> Loi 8, § 10. *Dig. de inof. test.* V, 2.



*inofficiosum, conditio ei deferri debet, utrum prius movere volet*<sup>1</sup>.

D'après ce fragment, si le testament est à la fois *irritum* ou *ruptum* et *inofficiosum*, l'exhérédié a le choix d'invoquer la cause de nullité qui lui paraît la plus préférable. Vinnius, pour mettre d'accord ce texte avec la règle générale suivant laquelle la *querela* est un *ultimum subsidium*, propose de le restreindre au cas où il est douteux que le plaignant ait une autre voie de recours, « an alio remedio æque cautum sit agenti<sup>2</sup>. » Cette distinction me paraît fort arbitraire ; aussi vaut-il mieux y voir une exception à notre principe, exception qui disparaît sous Justinien, puisqu'il pose en termes absolus que les enfants ne peuvent exercer la *querela* que *si nullo alio jure ad defuncti bona venire possunt*<sup>3</sup> et il en fait l'application aux posthumes : *postumi quoque qui nullo alio jure venire possunt, de inofficioso agere possunt*<sup>4</sup>, ce qui implique qu'ils seront exclus de la *plainte* s'ils peuvent attaquer le testament comme *ruptum*, parce que le testateur ne les a pas exhérédiés.

52. — *Quid* de l'adrogé impubère ? peut-il exercer la *querela*. C'est ici la place d'examiner cette question que j'avais simplement posée en parlant des descendants auxquels appartient la *plainte*. — Voyons d'abord d'où provient la difficulté. On sait que lorsqu'un individu *sui juris* se donnait en adrogation, il devenait fils de famille, soumis à la puissance paternelle de l'adrogeant qui était le maître de disposer de lui comme d'un fils naturel. Il perdait son culte pour prendre celui de son

<sup>1</sup> Loi 8, § 12. Dig. de *inof. test.* V. 2.

<sup>2</sup> Ad Instit. Lib. II, t. 18, § 2. de *inof. test.*

<sup>3</sup> Institutes, L. II, t. 18, de *inof. test.* § 2.

<sup>4</sup> Institutes, L. II, t. 18. de *inof. test.* § 2, in fine.

nouveau père, et quant à ses biens, ils étaient tous acquis à ce dernier. Mais un grand danger menaçait l'adrogé : en vertu de la *patria potestas* l'adrogeant pouvait l'émanciper et garder ainsi son patrimoine, en réalisant peut-être de gros bénéfices. — Pour assurer la situation de l'impubère et empêcher que l'adrogation fût jamais une cause d'appauvrissement pour lui ou pour les membres de sa famille, Antonin le Pieux décida, que si l'émancipation a été faite *ex justa causa*, l'adrogé recouvrirait par une *condictio ex lege*<sup>1</sup> tous ses biens personnels, c'est-à-dire ceux qui lui appartenaient avant l'adrogation et tous ceux qui ont été acquis par lui à l'adrogeant pendant qu'il était *in potestate* ; que si, au contraire, l'émancipation a eu lieu *sine justa causa*, non seulement il recouvrirait tous les biens précédents, mais encore il conserverait, sur les biens que pourrait laisser l'adoptant à sa mort, un droit éventuel un quart de la part qu'il aurait recueillie comme héritier légitime, s'il fût resté sous la puissance paternelle. Ce droit est ce qu'on appelle la *quarte Antonine* du nom d'Antonin le Pieux qui l'a établie<sup>2</sup>. Si l'adrogé a été exhéredé, les textes, sans faire aucune distinction entre l'exhéredation juste et celle injuste, lui accorde, outre la restitution de ses biens, un droit à la quarte Antonine, qu'il réclamera par une action personnelle, *l'actio familiæ erciscundæ*<sup>3</sup>. — Ceci dit, il résulte de là, que dans ce cas, il avait, pour recueillir une partie des biens héréditaires, un moyen spécial, et il semble dès

<sup>1</sup> Loi 1, Dig. *de condict. ex lege*. XIII, 2.

<sup>2</sup> Institutes, L. I, tit. II, *de adopt.* § 3.

<sup>3</sup> Institutes, L. I, tit. II, *de adopt.* § 3. — Ulpien loi 8, § 15. Dig. *de inof. test.* V, 2.

lors, que l'adrogé ne puisse pas exercer la *querela* étant donné son caractère subsidiaire<sup>1</sup>. Et en effet, la majorité des auteurs se prononcent en ce sens : « L'empereur Antonin le Pieux, dit M. Demangeat, a voulu établir ici « une espèce de forfait. Si l'impubère est exhéredé *cum* « *justa causa*, il est mieux traité qu'il ne le serait d'après « le droit commun ; car, d'après le droit commun, il n'aurait aucune espèce de droit à la succession. Réciproquement, lorsqu'il est exhéredé *sine justa causa*, on « peut sans injustice le traiter moins bien qu'il ne le « serait d'après le droit commun et le réduire à la quarte. « — Cette doctrine est encore confirmée par un texte « d'Upien, sur lequel on discute beaucoup et qui est « ainsi conçu : *Si quis impubes adrogatus sit ex his personis quæ et citra adoptionem et emancipationem queri de inofficioso possunt, huncputo removendum à querela cum habeat quartam ex constitutione Divi Pii* (loi 8, § 15. « Dig. V, 2.) Ce texte me fournit un argument *a fortiori*. « En effet Ulpien suppose que l'impubère adrogé était « avec l'adrogeant dans une relation telle que, s'il n'y « avait pas eu adrogation suivie d'émancipation il aurait pu excercer la *querela inofficiosi testamenti*. Par « exemple, Primus a émancipé son fils Secundus ; Secundus, depuis son émancipation, a eu un fils Tertius ; « celui-ci, étant encore impubère et déjà *sui juris* par « la mort de Secundus, a été adrogé par son grand-père « Primus. Enfin Primus a émancipé Tertius sans juste « cause ; et dans son testament, il l'a exhéredé, toujours « sans juste cause : on se demande si Tertius peut faire « tomber le testament comme inofficieux, ou s'il doit se

<sup>1</sup> Son intérêt d'intenter la *querela* se conçoit, puisqu'elle faisait tomber le testament en entier.

« contenter de la quarte Antonine. Certes, il ne serait  
 « pas absurde de prétendre que, l'adrogeant ayant éman-  
 « cipé l'adrogé, celui-ci se trouve dans la position où il  
 « était avant l'adrogation et qu'il peut exercer la *querela* !  
 « Que dit Ulpien ? *Hunc puto removendum a querela cum*  
 « *habeat quartam*. A plus forte raison devons nous réduire  
 « à la quarte l'impubère qui, avant l'adrogation, était  
 « un *extraneus* pour l'adrogeant<sup>1</sup>.

On peut faire cependant, contre cette doctrine, certaines objections et soutenir que l'adrogé a le droit d'intenter la *querela*.

1° Il faut remarquer que dans la loi 8 § 15, Ulpien ne fait qu'émettre une opinion personnelle ; il dit en effet : *hunc puto removendum etc.* Mais rien ne prouve que cette opinion fut partagée aussi par les autres jurisconsultes et qu'elle fut suivie dans la pratique romaine. Ulpien, lui-même, à la fin du texte précité, prévoit la possibilité de l'exercice de la *querela* par l'adrogé et décide que s'il succombe, la quarte devra lui être attribuée à titre de dette de la succession de l'adoptant.

2° L'empereur Antonin le Pieux, en constituant la quarte qui porte son nom, loin de vouloir traiter l'impubère avec plus de rigueur que tout autre adopté, a eu, au contraire, pour but de lui créer une situation plus favorable. Il ne lui a pas retiré le bénéfice du droit commun, il a cherché, au contraire, à améliorer sa condition dans certaines hypothèses où les principes généraux du droit le laissaient sans protection, c'est-à-dire lorsqu'il

<sup>1</sup> Demangeat. *Cours de dr. rom. t. I, p. 740.* — Accarias. *Précis de dr. rom. t. I, p. 895.* — Boissonade. *Hést. de la rés. hérid. p. 98.* — Vernet. *Traité de la quotité disponible, p. 118.*

est émancipé *sine justa causa*, ou lorsqu'il est exhérédé *cum justa causa*<sup>1</sup>.

53. — Il existe à notre règle une autre dérogation, à laquelle j'ai déjà fait allusion : je rappelle que lorsque un père émancipait son fils *contracta fiducia*, il était assimilé à un patron qui avait affranchi son esclave ; or si l'affranchi passait sous silence le patron dans son testament, le Préteur lui donnait la *bonorum possessio contra tabulas*. Cette possession de biens était aussi accordée au *parens* émancipateur, omis dans l'acte de dernière volonté de son enfant ; malgré cette ressource, il pouvait intenter la *querela* :

*Patrem autem accepta contra tabulas bonorum possessionem et jus antiquum, quod et sine manumissione habebat, posse sibi defendere, Julianus scripsit ; nec enim nocere debet, quod jure patronatus habebat, cum sit pater*<sup>2</sup>.

Mais pourquoi ? C'est qu'il faut distinguer les droits que le père a en qualité d'ascendant, des droits qu'il a en qualité de patron. Le droit d'attaquer le testament inofficieux par la *querela*, désignée dans ce texte par les mots *jus antiquum*, ne peut pas lui être enlevé sous prétexte qu'il est appelé à bénéficier, en qualité de patron, des avantages accordés par le Préteur à ce dernier. Autrement l'attribution de ce droit nouveau lui nuirait beaucoup, puisque par la *plainte d'inofficiosité* le père fait tomber le testament en entier, tandis que par la *bonorum possessio*, il ne recueille que la

<sup>1</sup> Comp : Maynz. *Cours de dr. rom. t. III*, § 392, p. 396. — Vangerow : *Lehrbuch der Pandekten*. (1863), p. 470. — Arndts : *Lehrbuch der Pandekten*. 11<sup>e</sup> Aüflage, besorgt von Pfaff und Hofmann. Stuttgart. (1883) § 607, p. 1048, n. 2.

<sup>2</sup> Loi 1, § 6, *si a parente quis manumissus est*. Lib. XXXVII, tit. 12.



moitié de l'hérédité. — Cela étant, je suis très étonné que M. Accarias ait pu écrire les lignes suivantes : « si « on suppose qu'un fils émancipé *contracta fiducia*, a « omis l'ascendant émancipateur, celui-ci n'aura pas la « *querela*, car le Préteur lui donne une *bonorum posses-* « *sio contra tabulas* à l'effet d'obtenir la moitié de la suc- « cession<sup>1</sup>. » Il me semble que l'éminent professeur se trompe sur ce point.

## SECTION II

**Des justes causes d'exhérédation ou d'omission.**

SOMMAIRE : 54. Les justes causes sont laissées à l'appréciation du juge. — 55. Exemples de *justæ causæ* tirés des textes. — 56. Les faits d'ingratitude ne sont pas personnels; décision de Justinien à cet égard. — 57. De l'*exhereditio bona mente facta*. — 58. A qui incombe la charge de la preuve ?

**54.** — Il faut, pour que le *querelans* réussisse dans sa demande, que l'exhérédation ou l'omission ne puisse se justifier par aucune cause légitime. En effet, le parent qui se plaint, veut se venger de l'offense que le testateur lui a faite, réparer son honneur atteint par une exclusion imméritée. Mais si par sa mauvaise conduite, il a mérité en quelque sorte cette peine, il ne souffre aucun préjudice moral et la *querela* manque complètement de but.

Quant à la question de savoir si la peine dont est frappé le réclamant est juste ou injuste, c'est un point laissé à l'appréciation souveraine des juges, des Cen-

<sup>1</sup> Accarias. *Précis de dr. romain*. t. I, p. 895, note 2.

tumvirs, qui le décident selon les circonstances et en toute liberté de conscience : en effet les *justæ et causæ* ne sont pas fixées, aucun texte ne les détermine limitativement, à cause de la variété des torts et de la difficulté de définir l'indignité de la conduite : aussi le juge jouit-il à cet égard d'un grand pouvoir discrétionnaire : il devra examiner d'abord, non seulement quelle a été la conduite du *querelans* vis-à-vis du testateur, mais encore quelles sont ses mœurs, sa manière de vivre, sa conduite dans la société, et décider ensuite, si le défunt a ou non manqué à *l'officium pietatis*, si par suite la *plainte d'inofficiosité* est ou non recevable<sup>1</sup>.

55. — Les textes nous donnent quelques exemples, soit des torts envers le decujus, soit des torts généraux contraires à l'honneur de sa famille, dont le plaignant a pu se rendre coupable : ainsi un enfant qui s'est fait gladiateur, étant exhéredé, dans le testament de son père, ne peut pas l'attaquer par la *querela* : *nam talem filium mento quis indignum sua successione judicat*<sup>2</sup> ; mais ce fragment apporte à la fin une restriction : *nisi et ipse similis conditionis sit*. — La loi 19 (code, III, 28) reconnaît comme fondée et par conséquent inattaquable l'exhéredation qu'un père fait de sa fille de mauvaise mœurs : *si filiam tuam, eo quod turpiter et cum flagitiosa fœditate vivit, a successione tua excludendam putes : si non inconsulto calore sed ex meritis ejus ad id odium incitatus es, postremi judicii liberum arbitrium habebis*. —

<sup>1</sup> Ce fut seulement sous Justinien que l'on songea à déterminer les causes qui pouvaient légitimer la sévérité du testateur. Ces causes sont énumérées limitativement dans la Nouvelle CXV, ainsi que nous le verrons en traitant dans un chapitre spécial, des innovations apportées par les Nouvelles de Justinien.

<sup>2</sup> Loi 14, Code de *inof. test.* III, 28.

Dans une constitution de Constantin <sup>1</sup>, nous voyons une mère *potius inimica quam mater*, écartée à juste titre de la succession de son fils, pour lui avoir suscité des embûches et s'être associée à ses ennemis. — Maximilien et Dioclétien décident que le fils qui a essayé d'empêcher le père et la mère de faire leur testament, pourra y être exclu, *Testamenti factionem per testationem vos interdixisse matri profitentes, justam causam, offensæ manifeste testamenti* <sup>2</sup>. — Le refus qu'une fille opposait à son père de se séparer de son mari, ou l'entrée des enfants dans la vie monacale, contrairement à la volonté de leurs parents, ne sont pas de justes motifs d'exhérédation <sup>3</sup>.

**56.** — Dans un fragment du Digeste <sup>4</sup>, Tryphoninus, résolvant la question de savoir si le père, intentant la *querela* au nom de son fils contre un testament dans lequel il figure comme légataire, perdra ou non le legs s'il succombe, dit *totum de meritis filii agitur*. Ceci pourrait faire croire que les faits d'ingratitude doivent être personnels à l'exhéréhé ; cependant les choses ne se passent pas ainsi, au moins avant Justinien. Il ne suffit pas, pour réussir dans la *querela* que celui qui est privé de la succession, se soit conduit d'une manière irréprochable : s'il a été exhéréhé par son aïeul et que son père prédécédé ait eu des torts envers son propre père testateur, cela suffit pour justifier son exhéréhé. — Ce résultat ne doit pas être regardé comme injuste,

<sup>1</sup> Loi 28, Code, de *inof. test.* III, 28.

<sup>2</sup> Loi 23, Code de *inof. test.* III, 28.

<sup>3</sup> Loi 18 et 20 ; lois 55 *pr.* et 56 § 1. Code de *episcop. et clere* I, 3.

<sup>4</sup> Loi 22, *pr.* Dig. de *inof. test.* V, 2.

puisqu'il le père avait survécu, il n'aurait pas eu le droit à la *querela*, et n'aurait pas pu, par conséquent, le transmettre à son fils. — Cujas<sup>1</sup>, prétend que le juge tient moins compte des mérites du petit-fils que des torts du fils, en se fondant sur un texte d'Ulpien<sup>2</sup>, duquel il retranche la négation *nec*, qui se trouve dans les meilleures éditions<sup>3</sup>.

*Nec enim minus in hoc nepote, is qui de inofficioso cogniturus est merita nepotis, quum patris ejus delicta perpendes.*

De ce fragment, il résulte au contraire, qu'on établit une sorte de compensation entre les mérites de l'un et les fautes de l'autre, et suivant que l'un ou l'autre de ces deux éléments l'emporte, on admettra ou on rejettera la demande en rescision. Ce qui est certain, c'est que l'on oppose aux descendants l'ingratitude ou l'inconduite de leurs ascendants. Horace exprime cette idée dans une de ses odes « *ad Romanos* : »

Delicta majorum immeritus lues,  
Romane, donec templa refeceris  
Aedes que labente Deorum et  
Fœda nigro simulacro fumo. <sup>4</sup>

Justinien abolit ce principe ; il rapporte la décision du jurisconsulte Paul, d'après laquelle une mère pouvait omettre valablement son fils en bas âge, en se fondant sur la mauvaise conduite du père, sous la puissance duquel se trouvait cet enfant ; mais après avoir

<sup>1</sup> Cujas. *Observ. lib. III, cap. V.*

<sup>2</sup> Loi 3, § 5, de *bon. poss. contr. tab.* XXXVII, 4.

<sup>3</sup> Voyez l'édition *Freiesleben* ; l'édition *Galisset*, l'édition des frères *Kriegelii*, l'édition *Mommsen*.

<sup>4</sup> Horace : *Carminarum liber III. Carmen VI.*

blâmé cette opinion, il déclare qu'à l'avenir on ne pourra plus opposer au demandeur en inofficiosité que des faits personnels :

*Legis autem veteris iniquitatem tollentes, ut non diu-  
suis erubescant lex posita quam Julius Paulus in suis  
scriptis quæstionibus... hoc iniquum judicantes ut alieno  
odio aliquis prægravatur... satis enim crudele nobis esse  
videtur, eum qui non sensit, ingratum existimari*<sup>1</sup>.

57. — Parfois un père exhérédait son enfant, dans l'intérêt même de cet enfant et non pas dans l'intention de lui infliger une peine ou de lui nuire. Ainsi Ulpien nous apprend que souvent le *pater familias*, afin d'éviter à son fils impubère, la responsabilité, les embarras d'une succession compliquée et les charges qui en dépendaient, l'exhérédait en lui laissant un fideicommissum pour l'époque de sa majorité :

*Multi non notæ causæ exheredant filios, nec ut eis obsint, sed ut eis consulant (ut puta impuberibus) eisque fideicommissam hereditatem dant*<sup>2</sup>.

De même nous voyons dans un texte de Tryphoninus un père, qui en laissant sa succession à ses petits-enfants, exhérède son fils fou ou prodigue et lui fait un legs à titre d'aliments.

*Posuit tamen pater et alias providere nepotibus suis, si eos jussisset heredes esse et exheredasset filium, eique quod sufficeret alimentorum nomine ab eis certum legasset, adita causa necessitateque judicii sui*<sup>3</sup>...

On appelait cette espèce d'exhérédation, *exhereditatio*

<sup>1</sup> Loi 33, § 1, Code de inof. test. III, 28.

<sup>2</sup> Loi 18, Dig. de lib. et post. hered. inst. vel. exher. XXVIII, 2.

<sup>3</sup> Loi 16, § 2. Dig. de cur. fur. et ab extr. min. dan. XXVII, 10.



*bona mente facta* <sup>1</sup> et dans ce cas, la *querela* était refusée à l'exhérédé.

Je rappelle que quelquefois la *plainte d'inofficiosité* était accordée alors même qu'on ne pouvait reprocher au testateur d'avoir oublié les devoirs que lui imposait le lien du sang, l'affection paternelle ; c'est ce qui arrivait quand l'exhérédation ou l'omission avait eu lieu par erreur : par exemple, une mère croyant son fils mort, le passait sous silence dans son testament et y instituait un étranger. On donnait la *querela* au fils, qui autrement se serait trouvé privé de tout secours<sup>2</sup>. Mais si la mère avait institué ses autres enfants, les empereurs Alexandre Sévère et Antonin décidèrent que dans cette hypothèse, l'enfant, omis par erreur, aurait, non pas notre action, mais une sorte de *jus accrescendi* jusqu'à concurrence de la part qu'il aurait eu *ab intestat*. On arrivait ainsi au même résultat que si la *querela* avait été intentée, et on évitait par là, la rescision du testament.

*Quare filio tuo, cui nihil præter maternum fatum, imputari potest, perinde virilem portionem tribuendam esse censemus, ac si omnes filios heredes instituisset*<sup>3</sup>.

58. — Mais qui doit prouver que l'exhérédation a été ou non méritée ?

Dans un système assez généralement suivi, on soutient que : si la *querela* est exercée par un ascendant, l'inoffi-

<sup>1</sup> La loi 59, Dig. ad. S. C. Treb. XXXVI, 1, prévoit aussi un cas d'exhérédation *bona mente*. (Un testateur avait exhérédé sa fille et chargé un tiers de lui instituer la succession). Il ne faut pas voir dans la conduite du testateur, une précaution prise pour éluder la loi Voconia, puisqu'il laissait une hérédité peu opulente. — Voy. Machelard : *Obligations naturelles*, (1861) p. 297.

<sup>2</sup> Loi 28, Dig. de inof. test. V, 2.

<sup>3</sup> Loi 3, Code de inof. test. III, 28.

ciosité est présumée, et c'est à l'institué à prouver qu'il y avait de justes motifs d'exhérédation (ou plutôt d'omission) ; sinon, c'est à celui qui exerce la *querela*, à faire la preuve que le testateur n'avait aucune cause légitime de l'exhérer ou de l'omettre. — Pour soutenir cette opinion, on se fonde sur une constitution de Constantin<sup>1</sup> :

*Liberi de in officioso querelam contra testamentum moventes probationem debent præstare. Quod obsequium debitum jugiter, prout ipsius naturæ religio flagitabat, parentibus adhibuerint : nisi scripti heredes ostendere maluerint ingratos liberos contra parentes extitisse.*

Cette première partie du texte prouve bien, en effet, que ce sont les descendants qui doivent fournir la preuve de leur exclusion imméritée. Ceci est confirmé aussi par un fragment de Marcellus<sup>2</sup>.

*Hujus autem verbi de inofficioso vis illa (ut dixi) est, docere immerentem se et ideo et indigne præteritum, vel etiam exheredatione summotum.*

Mais la constitution de Constantin continue :

*Sin autem mater contra filii testamentum inofficiosi actionem instituat, inquiri diligenter jubemus, utrum filius nulla ex justa causa læsus, matrem in novissima læserit voluntate...*

De ces lignes, il résulte, dit-on, que lorsqu'il s'agit d'une mère (d'un ascendant, par conséquent), Constantin la dispense de faire la preuve<sup>3</sup>.

Je préfère me rallier à une autre opinion, suivant

<sup>1</sup> Loi 28, Code de inof. test. III, 28.

<sup>2</sup> Loi 5, Digeste, de inof. test. V, 2.

<sup>3</sup> Boissonade. Hist. de la réserve hered. p. 131. — Vernet. Traité de la quoti disp. p. 120.

laquelle le fardeau de la preuve incombe toujours au *querelans* sans distinguer, s'il est descendant ou ascendant. En effet le droit commun en cette matière est que : « *onus probandi incumbit, actori, actori probatio est* »<sup>1</sup>, sauf au défendeur à refuser les moyens présentés par l'adversaire et même de son côté, à en présenter de nouveaux s'il le juge utile. Pour que l'on puisse y déroger, il faudrait un texte précis. La constitution de Constantin qu'invoquent les partisans du système opposé, ne me paraît pas avoir eu pour but de trancher la question de preuve. « L'idée qui y domine, dit fort bien. M. Demangeat, « c'est que, quand une mère a été omise dans le testament de son fils, on pourrait croire que cette omission n'est jamais justifiable et que l'institué devra toujours succomber. Il n'en est rien dit l'Empereur : *si mater inhonestis factis atque indecentibus machinationibus filium forte obsedit, insidiisque eum vel clandestinis, vel manifestis appetiit, vel imminis ejus suas amicitias copulavit, atque in aliis sic versata est ut inimica ejus potius quam mater crederetur, hoc probato, etiam invita acquiescat filii voluntati* »<sup>2</sup>. « Constantin ne dit point du tout que l'ascendant qui « attaque comme inofficieux le testament de son descendant est toujours dispensé du fardeau de la preuve ; « il dit simplement qu'il peut arriver que même l'omission d'une mère dans le testament de son fils se trouve « justifiée par les circonstances, par la conduite de la « mère, de manière que le testament ne soit pas inofficieux »<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Institutes, L. II, tit. 20 de leg. § 4. — Dig. de probationibus et præsumptionibus. XXII, 3.

<sup>2</sup> Loi 28, Code de inof. test. III, 28.

<sup>3</sup> Demangeat Cours de dr. romain. t. I, p. 743.

Ainsi c'est au plaignant à prouver que l'exhérédation ou l'omission est imméritée. Qu'on ne dise pas que la décision du droit romain sur ce point est contraire à la maxime : *factum negantis per rerum naturam probatio nulla est*, que la preuve d'un fait négatif est impossible et qu'on aurait dû imposer à l'institué le fardeau de la preuve <sup>1</sup> : — le caractère du fait à prouver qu'il soit négatif ou affirmatif ne peut pas changer le rôle des parties en ce qui touche la preuve. La preuve d'un fait négatif n'est ni plus ni moins difficile que celle d'un fait affirmatif ; la différence entre l'un et l'autre réside presque toujours, non pas dans le fond, mais seulement dans la forme et dans la tournure de la phrase, car une négation sérieuse implique toujours une affirmation et la plupart des faits affirmatifs peuvent être prouvés, en établissant l'existence d'un fait affirmatif incompatible avec le fait négatif allégué <sup>2</sup>.

### SECTION III

#### De la légitime.

SOMMAIRE : 39. Origine, développement et nature de la légitime. — 60. Détermination de la légitime : formation de la masse des biens du défunt, déduction des dettes, des frais funéraires et des affranchissements. — 61. Inconvénients qui peuvent résulter pour le légitimaire de la déduction des affranchissements. — Remède qu'on y apporte. — 62. A quelle époque se place-t-on pour évaluer les biens qui doivent former la masse ? — Des augmentations ou des diminutions survenues aux biens depuis le décès du testateur. — 63. Des personnes qui doivent être comptées pour le calcul de la

<sup>1</sup> Lois 2 et 23, Dig. de prob et præs. XXII, 3. — Loi 10, Code de non num. pec. IV, 30.

<sup>2</sup> Consultez : Weber : *Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung zur Civilprocess.* (Anmerkungen von Heffter. 1832).

légitime. — 64. *Quid* du renonçant à la *querela*? — 65. Des imputations à faire sur la légitime — 66. Comment doit-être laissée la légitime? — 67. De l'action en complément. — 68. Comparaison entre cette action et la *querela inofficiosi testamenti*. — 70. De la conséquence de l'éviction subie par le légitimaire. — 71. De la peine portée contre l'héritier qui ne délivre pas, au légitimaire, la quarte, avant la sentence du juge. — 72. Légitime spéciale des enfants orthodoxes de parents hérétiques.

59. — La troisième condition exigée pour le succès de la *querela* est que le plaignant n'ait pas reçu par acte de dernière volonté, le quart de sa part héréditaire *ab intestat*, la légitime. — La protection que la loi accorde à certains héritiers privilégiés, en les autorisant à exercer la plainte contre le testament du défunt, n'a pas précisément pour but de contraindre l'ascendant, le descendant, le frère ou la sœur à instituer ces héritiers que la loi prétend protéger, mais bien plutôt d'empêcher qu'ils ne soient entièrement dépouillés. Aussi quand le testateur, sans les instituer pour héritiers, leur a du moins laissé une portion jugée suffisante pour qu'il n'y ait pas violation de *l'officium pietatis* (le quart de leur droit *ab intestat*) la *querela* contre ce testament n'est pas admise, et d'autre part, si en instituant ces héritiers privilégiés, le défunt ne leur a laissé qu'une portion de biens dérisoire, si par exemple, il les a institués *ex millesima parte*, on voit chez le testateur l'intention d'éluder les règles de la loi, une institution aussi faible étant considérée comme n'existant pas, et les héritiers ne sont pas exclus de la *querela igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit*.<sup>1</sup>

Je dois tout d'abord rechercher quelle est l'origine de la *légitime*.

<sup>1</sup> Institutes, L. II, tit. 18 de *inof. test.* § 6.



Les interprètes du droit romain ne sont pas d'accord sur ce point : les uns, notamment Cujas, en attribuent la création à une constitution de Marc-Aurèle <sup>1</sup>, les autres, parmi lesquels Schùlting, à la loi Falcidie <sup>2</sup>. — L'opinion de Cujas est aujourd'hui complètement abandonnée : comment croire, en effet, que la légitime fut introduite par Marc-Aurèle, lorsqu'on lit le passage suivant dans une lettre de Pline le Jeune, qui écrivait sous le règne de Trajan : *si mater te ex quarta scripserit heredem, nam queri posses ? sufficere tibi debet si exhereditatus a matre, quartam partem exhereditate ejus accipias* <sup>3</sup>. Ceci démontre que la quarte était déjà déterminée à une époque bien antérieure à celle indiquée par Cujas et la constitution sur laquelle il s'appuie réglementait donc une institution déjà établie. — Quant à l'opinion de Schùlting elle doit être également rejetée : le texte de la *lex Falcidia* conservé par Paul, dans la l. 1, *pr. Ad. legem Falcidiam*, XXXV, 2, n'a rien dans ses termes qui puisse faire supposer que cette loi ait décidé textuellement que le quart de la succession devait être réservé aux héritiers du sang ; mais il est certain que l'on argumenta de bonne heure de ses termes pour fixer la quotité de la légitime.

Le système généralement suivi est celui qui consiste à dire que la théorie de la légitime doit être attribuée aux Prudents. Quoiqu'on ne puisse déterminer avec

<sup>1</sup> Obser, Lib. III, cap. VIII : Ego eam ad D. Marcum philosophum referendam esse didici ex Nicephoro *lib. III, eccles. hist.* cap. XXXI, ubi duas Nicephorus D. Marci lege laudat..... Altera vero lex est ut liberis ἀμνημονεύτοις ἢ ἀχαρλοτυμένοις, id est præteris et nihil à judicium parentum accipientibus quadrans hereditatis debeatur.

<sup>2</sup> Lib. III, tit. 8 § 3.

<sup>3</sup> Pline le Jeune. *Epist.* V, 1.

précision à quelle époque et par quelle gradation elle s'introduisit, voici quelle fut la filiation probable de ce droit. La partie de la succession que la parenté, la piété, dérivant des rapports de famille et du sang, imposaient au testateur de laisser à ses proches parents, qui n'ont pas démérité, n'était pas limitativement fixée à l'origine. Comme le fait très bien remarquer M. Ortolan, la *querela* n'était pas une action de droit strict reposant sur un vice absolu et caractérisé, le testament n'était annulé que comme contraire aux devoirs de la parenté, comme dénotant dans ses dispositions une volonté irréflechie et déraisonnable<sup>1</sup>. Les centumvirs qui constituaient le tribunal compétent et jouissant d'un pouvoir d'appréciation très étendu, jugeaient si les libéralités du testateur envers les plaignants étaient ou non suffisantes et s'il y avait en conséquence lieu de faire droit à la *querela*, intentée par ces derniers. Cette appréciation, toute relative et arbitraire offrait, comme on peut le pressentir, un grand danger. Le testateur, ne connaissant pas au juste la position de biens qu'il devait assurer à ses héritiers *ab intestat*, pour les écarter de la *plainte d'inofficiosité*, n'avait aucun moyen d'empêcher qu'on attaquât son testament et qu'on fît tomber avec lui toutes les dispositions testamentaires. C'était dépasser le but et pour avoir voulu venir en aide à ces héritiers, c'était porter une atteinte trop complète au droit de propriété du testateur. Il fallait donc déterminer d'une façon certaine, pour faire cesser les inconvénients que je viens de signaler, la fraction de biens qui serait réservée aux légitimaires. Il est certain que les Prudents

<sup>1</sup> Ortolan. *Eplic. des Institutes*, t. II, p. 536, n° 694.

s'inspirèrent en cette matière de la loi Falcidie. Je m'explique.

Anciennement, un père de famille, après avoir institué un héritier, pouvait épuiser en legs toute sa succession : *uti paterfamilias super pecunia sua legassit ita jus esto*, disait la loi des XII Tables. Il en résultait que les héritiers qui n'avaient rien ou presque rien à toucher, refusaient d'accepter la succession : le testateur mourait donc *intestat*, les légataires perdaient leurs legs, et l'hérédité, faute d'adition, passait aux héritiers légitimes. Pour obéir à un pareil résultat désastreux, un plébiscite voté en l'an 571 de Rome et connu sous le nom de loi *Furia testamentaria*, décida que chaque légataire ne pourrait pas avoir plus de mille as ; n'étaient exceptés de cette disposition que les cognats du testateur jusqu'au sixième degré, et en septième, l'enfant du *sobrinus* ou de la *sobrina*<sup>1</sup>. — La mesure était inefficace, puisqu'en multipliant le nombre de legs, le testateur avait encore la faculté de ne rien laisser à l'héritier<sup>2</sup>. Aussi en l'an 585 de Rome, fut-il voté un autre plébiscite proposé par le tribun Voconius Saxa et appelé pour cela *loi Voconia*, qui défendit de laisser à aucun légataire plus qu'il ne devait rester à l'héritier institué<sup>3</sup>. — Mais ce plébiscite n'aboutit pas à un résultat plus satisfaisant que celui qui l'avait précédé, le testateur n'ayant qu'à multiplier les legs pour rendre illusoire la part de l'héritier<sup>4</sup>. Enfin en l'an 714 de Rome, fut voté un troisième plébiscite, la *loi Falcidie*, qui vient résoudre définitive-

<sup>1</sup> *Fragmenta Vaticana* § 301.

<sup>2</sup> Gaius, *Com. II*, § 225. — Inst. L. II, t. 22. *de leg. fal. pr.*

<sup>3</sup> Gaius, *Com. II*, § 226. — Instit. L. II, t. 22. *de leg. fal. pr.*

<sup>4</sup> Gaius, *Com. II*, § 227. — Instit. L. II, t. 22. *de leg. fal. pr.*

ment la difficulté. Aux termes de ce plébiscite un testateur ne pouvait léguer plus de trois quarts de l'hérédité, un quart au moins devait revenir à l'institué. Ce quart prit le nom de *quarte Falcidie*<sup>1</sup>. C'est par extension de cette dernière loi que les Prudents fixèrent au quart des biens du testateur, la portion qu'il devait laisser aux héritiers légitimes pour que ceux-ci n'eussent pas le droit d'attaquer le testament comme inofficieux; en d'autres termes, ceux-ci durent toujours avoir, sous peine d'annuler le testament pour inofficiosité et à moins de justes causes d'exhérédation ou d'omission, le quart de part héréditaire qui leur serait revenue *ab intestat*<sup>2</sup>. Comme le fait remarquer fort bien mon éminent maître M. Labbé, la sanction ici dépassait la mesure du droit sanctionné; le législateur ne réparait pas l'injustice commise en modifiant les dispositions testamentaires, il les renversait de fond en comble: pour n'avoir pas obtenu du défunt la part qui leur était due, ils recueillaient l'hérédité entière<sup>3</sup>.

Cette portion des biens réservée aux héritiers du sang s'appela: *quarta*<sup>4</sup>, *quarta portio* ou *pars*<sup>5</sup>, *quarta debitæ*

<sup>1</sup> Gaius, *Com. II*, § 227. — Inst. L. II, t. 22, pr.

<sup>2</sup> Cette règle n'était pas encore établie sous Auguste, car Sénèque, son contemporain, défendit une personne instituée pour un quart, en invoquant seulement que cette part était insuffisante; mais il ne faisait pas allusion à la quarte (*Controversiæ. IV*, 28). Sans aucun doute, elle existait sous Trajan. Voyez. Pline: *Epist. V*, 1.

<sup>3</sup> Labbé sur *Ortolan. app. V*, liv. II, p. 739.

<sup>4</sup> L. 8, § 9; Le 25 pr. D. de *inof. test.* V. 2. — Paul IV, 5. 7. L. 1, C. Grég. h. t. L. 35 § 2, C. h. t. III, 28. L. 8, pr. C. de *inof. don.* III, 29.

<sup>5</sup> Paul, IV, 5, 7, L. 29, L. 34, L. 36, § 1. C. de *inof. test.* III, 28, L. 1. C. de *inof. donat.* III, 29.

(*ab intestato*) *portionis*<sup>1</sup>, *quarta legitimæ partis*<sup>2</sup>, *quartæ portionis portio*<sup>3</sup>, *quarta bonorum pars*<sup>4</sup>, *quarta pars* (*portio ab intestato successionis*<sup>5</sup>, *debitum bonorum subsidium*<sup>6</sup>, *legitima*<sup>7</sup>, *legitima portio* ou *pars*<sup>8</sup>, *Falcidia*<sup>9</sup>. Par abréviation, on la désigne sous le nom de *quarte légitime* ou *légitime*.

La quotité adoptée s'explique facilement par cette considération que le père pouvait tout en instituant son enfant pour la totalité, le grever de legs jusqu'à concurrence des trois quarts de l'hérédité, or, il n'était pas admissible que l'enfant exhéredé puisse avoir un droit plus fort que l'enfant institué<sup>10</sup>.

Que la loi Falcidie ait servi de type à la théorie de la légitime, c'est ce qui résulte de plusieurs textes : 1° la loi 21 *famil. ercis.* Code III, 36, à propos de la quarte légitime, dit : *exemplo Falcidiæ retentionis habita ratione*. 2° Les lois 31 Code *de inof. test.* III, 28 ; 5 §§ 3 et 5. Code, *ad leg. Jul. Maj.* IX, 8 ; 8 § 11 Dig. *de inof. test.* v. 2, donnent à la quarte légitime, le nom de quarte Falcidie. 3° Une novelle de Majorien l'appelle pareillement quantité de la loi Falcidie (*sola Falcidiæ quantitas*)<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> L. 8 § 8. D. *de inof. test.* V, 2. — L. 2, C. *de inof. don.* III, 29.

<sup>2</sup> § 3, Inst. *de inof. test.* II, 18.

<sup>3</sup> Paul, IV, 5, 6. — Comps. *Frag. Vat.* 280. — L. 7, C. *de inof. don.* III, 29. — L. 2, C. Greg. h. t.

<sup>4</sup> L. 6, C. *de inof. test.* III, 28.

<sup>5</sup> L. 31. C. *de inof. test.* III, 28. — L. 20. pr. C. *de collat.* 6, 20.

<sup>6</sup> L. 5. C. *de inof. donat.* III, 29.

<sup>7</sup> L. 33. C. *de inof. test.* III, 28.

<sup>8</sup> L. 30, pr. § 2. L. 31, 32, 34. L. 35. § 2. L. 36, pr. § 1. C. *de inof. test.* III, 28.

<sup>9</sup> L. 31. C. h. t. L. 21. C. *fam. ere.* III, 36. — L. 5. § 3. C. *ad leg. Jul. majest.* IX, 8.

<sup>10</sup> Accarias *Précis de dr. rom. t. I, p. 893.*

<sup>11</sup> D. Majoriani. A legum novellarum, tit. 8, 1, § 3.



4° Le nom de Falcidie, nous le lui retrouvons encore dans la *loi romaine des Bourguignons* et même chez les Francs<sup>1</sup>. 5° Le rapprochement entre les deux quartes ressort également de ce qu'on appliquait pour calculer la légitime les mêmes règles que pour calculer la quarte Falcidie.

Tel fut l'établissement de la quarte légitime chez les Romains : elle appartenait à tous ceux qui avaient droit d'intenter la *querela*.

Ainsi en suivant la filière des réformes dues à l'initiative des Prudents, la *querela* précéda la légitime. La légitime ne fut point le but de la *plainte* ; au contraire, elle eut pour objet de la restreindre *ad verecundiam naturæ*, d'empêcher que les enfants n'attaquassent trop fréquemment, sous un prétexte odieux, le jugement des parents, dont la volonté, comme la personne, devait être sacrée. Le testateur n'eut, en effet, qu'à laisser le quart de ses biens aux héritiers du sang, pour qu'ils fussent privés de tout moyen de critiquer son acte de dernière volonté. C'était moins, observe Vinnius, l'exhérédation ou la prétériton qui donnait lieu à la *plainte d'innoficiosité* que la privation du quart par ces deux moyens<sup>2</sup>. Paul s'exprime ainsi :

*Quartæ portionis portio liberis præstanda est, ut ab inoficiosi querela excludantur*<sup>3</sup>.

La légitime de même que la *querela* constituait un *ul-*

<sup>1</sup> Voy. Savigny : *Histoire du droit romain au moyen-âge*. Trad. par Guenoux. (1839.) t. I, p. 72, note 5.

<sup>2</sup> Vinnius : *Instit. tit. XVIII, de inof. test.* § 3. — Voy. égal. — M. Ducaurroy. *Instit. Expliq. t. II, p. 127, n° 650*.

<sup>3</sup> Paul, *Sentences*, lib. IV, lit. 5, § 6. — Ulpien loi 8, § 6. *Dig. de inof. test.* V, 2.

*timum subsidium, ultimum bonorum debitum.* Voici un autre fragment de Paul qui le prouve.

*Filius ex asse heres institutus, inofficiosum dicere non potest, nec interest exhausta, nec ne sit hereditas, cum apud eum quarta an legis Falcidiae an S. C. Pegasiani beneficio sit remansura*<sup>1</sup>. Le jurisconsulte prévoit cette hypothèse : un père institue son fils héritier pour le tout, mais le charge de legs pour plus des trois quarts de la succession. Quoique le fils ne reçoive pas, par acte de dernière volonté, le quart des biens héréditaires, la *querela* lui sera cependant refusée, puisque pour obtenir ce quart, il peut invoquer soit le S. C. Pégasien, soit la loi Falcidie. Concluons de là, qu'il ne suffit pas d'instituer le légitimaire, pour lui retirer cette action ; s'il est institué pour une portion inférieure à la légitime, il pourra s'en plaindre.

Je passe à une autre question : quelle est la nature de la légitime ? est-ce une *pars bonorum*, c'est-à-dire une portion de biens attribuée au légitimaire en sa seule qualité de parent ; ou bien est-ce une *pars hereditatis*, c'est-à-dire une quote part de l'hérédité que l'héritier du sang ne pourra réclamer que s'il se porte héritier ? L'intérêt de la question est considérable : dans le premier cas, simple créancier de la succession, il n'est tenu des dettes qu'*intra vires bonorum*, dans le second, il en répond indéfiniment, *ultra vires*.

Un grand nombre d'auteurs soutiennent que la légitime est une *pars bonorum* et voici les arguments qu'ils font valoir :

1° Plusieurs textes l'appellent *pars bonorum* ; aussi dans la loi 6 Code de *inof. test.* III, 28, on lit : *cum que-*

<sup>1</sup> Sent. Lib. IV, lit. 5, § 5.

*ritur an filii de inofficioso patris testamento possint dicere si quartam bonorum partem mortis tempore testator reliquit inspicitur.*

2° Les textes nous la présentent comme une dette du défunt : la loi 2, Code de *inof. test.* III, 28, s'exprime ainsi :..... *ut sibi quartam partem debitæ ab intestato portionis præstet incolumen.* Et le fragment 5, Code au même titre :..... *debitum bonorum subsidium consequantur.*

3° Des constitutions impériales avaient ordonné au légitimaire d'imputer sur la légitime certaines libéralités qu'il avait reçues entre vifs<sup>1</sup> ; or, comment pourrait-on regarder comme une quote part de l'hérédité, des biens dont il pouvait être redevable à la qualité de légataire, de fideicommissaire ou de donataire ?

4° La légitime n'est donnée que déduction faite des dettes et des frais funéraires, ce qui est le propre d'une portion des biens, car *bona non intelleguntur nisi deducto aere alieno*, tandis que l'hérédité comprend l'actif et le passif.

5° Il serait inique que de deux enfants ayant les mêmes droits aux biens de leur père, l'un soit tenu des dettes *ultra vires*, parce qu'il est institué, tandis que l'autre gratifié de sa légitime à tout autre titre, ne puisse être poursuivi par les créanciers de la succession<sup>2</sup>.

Ceux qui estiment, au contraire, que la légitime est

<sup>1</sup> Lois 29 et 30, § 2. Code de *inof. test.* III, 28.

<sup>2</sup> En ce sens : Voët : *Com. ad Pand. de inof. test.* no 44. — Schulting : *Jurisp. vetus. Sent. de Paul* IV, 5, § 6. — Vernet. *Traité de la quotité disponible* p. 187. — Beaupré : *De la portion de biens disponibles et de la réduction* (1855), t. I, n° 24, p. 21.

une *pars hereditatis* argumentent et répondent à leurs adversaires de la façon suivante :

1° Qu'est-ce donc que la légitime ? *le quart de la part que le légitimaire aurait dans la succession*, si le decujus était mort sans testament ; donc elle est une quote-part de l'hérédité.

2° A l'époque classique, quand l'héritier n'avait pas reçu sa quarte, il devait faire tomber l'acte de dernière volonté par la *querela* ; or, cette action n'est autre chose qu'une pétition d'hérédité qui n'appartient qu'aux héritiers, donc le plaignant devait être investi de cette qualité pour qu'il fût admis à quereller le testament.

3° Les Institutes l'appellent expressément *pars hereditatis*<sup>1</sup>.

4° On objecte que les textes l'indiquent sous le nom de *pars bonorum* ; mais on répond que *bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quamdam ac jus successionis et non singulas res demonstrat*<sup>2</sup>. — On dit encore dans la première opinion que la légitime est une créance ! Si le légitimaire était un créancier, il viendrait en concours avec les autres créanciers de la succession ; nous voyons, au contraire, qu'il n'est payé qu'après déduction préalable des autres dettes. — Quant au troisième argument invoqué par les adversaires, les partisans du système que j'expose en ce moment, font remarquer que les libéralités reçues par les légitimaires, devant s'imputer sur la quarte, forment une partie de l'hérédité. Ils ajoutent qu'il ne faudrait pas dire que la légitime est une *pars bonorum* parce qu'elle n'est donnée que *deducto aere alieno*. En effet, on déduit les dettes simplement

<sup>1</sup> Institutes, L. II, lit. XVIII, de *inof. test.* § 3.

<sup>2</sup> Africain, loi 208. Dig. de *verb. signif.* L. 16.

pour en déterminer la valeur nette, mais cela ne signifie pas que le légitimaire ne soit jamais ni héritier, ni tenu des dettes en cette qualité. D'ailleurs, la quarte Falcidie se calcule de la même manière, et cependant elle constitue une partie de l'hérédité puisqu'on la retient à titre d'héritier. Enfin quant à l'iniquité qu'on signale, on répond que c'est là une conséquence à laquelle le légitimaire s'est soumis à l'avance, en faisant addition.

Vinnius n'admet pas que la question de savoir si la légitime est une *pars bonorum* ou *hereditatis*, puisse être résolue d'une manière absolue ; il propose un système intermédiaire qui concilie très bien les textes qui paraissent se contredire<sup>1</sup>. D'après le droit du Digeste, des Institutes et même du Code, la légitime pouvait être laissée aux enfants, soit à titre d'institution soit à titre de legs ou de fidéicommiss ou par donation à cause de mort : *sive jure hereditario, sive jure legati vel fideicommisso, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit*<sup>2</sup>. — Lorsqu'elle est laissée à titre de legs, ou de fidéicommiss ou par donation *mortis causa*, évidemment la légitime n'est pas une portion d'hérédité, elle est comme le legs une *delibatio hereditatis*<sup>3</sup> et les textes ont raison de la qualifier dans ce cas, *pars bonorum*. Au contraire lorsqu'elle est laissée à titre d'institution, elle se confond alors avec la succession et constitue une quote-part de l'hérédité. Les textes qui la désignent sous le titre de *pars hereditatis*, ont trait à ce second cas.

#### 60. — Comment calculait-on la légitime?

Pour déterminer la légitime, on suivait les mêmes

<sup>1</sup> Vinnius, *Select. juris. quæst.* lib. I, cap. XXII.

<sup>2</sup> Institutes, L. II, t. XVIII, de *inof. test.* § 6.

<sup>3</sup> Florentinus, loi 116, *pr.* XXX, 1<sup>o</sup>.



règles que celles observées pour le calcul de la quarte Falcidie, c'est-à-dire, qu'il fallait d'abord former, et évaluer ensuite la masse des biens laissés par le défunt. Cette masse comprenait les biens corporels, les créances (même celles contre l'héritier) et les biens ayant fait l'objet de legs ou de fidéicommiss ou de donation à cause de mort. — En ce qui concerne les créances conditionnelles trois modes d'évaluation étaient admis : ou bien on les comptait pour leur valeur nominale, ou bien on les comptait comme pures et simples, le légitaire s'engageant à restituer tout ce qu'il aurait reçu de trop, en cas de défaillance de la condition ; ou bien on ne les faisait point entrer en ligne de compte, l'héritier institué prenant le même engagement vis-à-vis du légitaire, pour le cas où la condition se réaliserait<sup>1</sup>. — Les créances corréales figuraient dans l'actif pour moitié, si le défunt était associé avec son *correus* ; dans le cas contraire, on suspendait le règlement définitif jusqu'à l'époque du paiement, soit entre les mains de l'héritier, soit entre les mains du *correus* survivant<sup>2</sup>. — Les créances contre les insolubles figuraient pour la somme qu'on réussissait à toucher, et quant au surplus, pour leur valeur vénale<sup>3</sup>.

On ne s'inquiétait pas du tout des biens sortis du patrimoine du testateur par donations entre vifs : quelque excessives qu'elles aient été, il fallait les respecter ; l'héritier ne pouvait rien contre elles, et elles n'entraient point en ligne de compte pour la détermination du chiffre de la légitime. — Cela se comprend : les Prudents, en établissant la *querela inofficiosi testamenti*, avaient

<sup>1</sup> Loi 73, § 1. Dig. *ad leg. Falc.* XXXV, 2.

<sup>2</sup> Loi 62, *pr.* Dig. *ad leg. Falc.* XXXV, 2.

<sup>3</sup> Lois 63, § 1 et 82. Dig. *ad leg. Falc.* XXXV, 2.

voulu protéger les héritiers du sang contre des dispositions testamentaires qui les privaient injustement de l'hérédité, c'est-à-dire des biens composant le patrimoine du défunt au jour de son décès; la quarte, qui venait arrêter l'exercice de cette *querela*, devait donc se rapporter aux mêmes biens que celle-ci. Je m'empresse d'ajouter qu'il fut admis plus tard, que les libéralités entre vifs seraient, s'il y avait lieu, déclarées inofficieuses, contraires à *l'officium pietatis*, que les légitimaires auraient le droit de s'en plaindre de leur énormité et de les faire rescinder par une action analogue à la *plainte*, par la *querela inofficiosæ donationis*, dont je parlerai dans un chapitre spécial.

De l'actif brut ainsi composé, on déduisait : 1° le montant intégral des dettes héréditaires, même celles du défunt envers l'héritier. 2° les frais funéraires : *quartæ portionis portio liberis, deducto aere alieno et funeris impensa, præstanda est, ut ab inofficiosi querela excludantur*<sup>1</sup>. 3° la valeur des esclaves affranchis, soit directement, soit par fidéicommiss. Voici comment Ulpien s'exprime à cet égard :

... *Sed an et libertates quartam minuat videndum est et numquid minuant ? Nam si cum quis ex asse institutus est, ideo non potest dicere inofficiosum, quia habet Falcidiam ; Falcidia autem libertates non minuit, potest dici deductis libertatibus quartam ineundam*<sup>2</sup>. Ainsi Ulpien pour décider que les affranchissements devaient diminuer la légitime, fait le raisonnement suivant : un fils est institué pour le tout ; lors même que des legs ne lui

<sup>1</sup> Paul, Sent. lib. IV, tit. V, § 6. — Ulpien, loi 8, § 9. Dig. de inof. test. V, 2.

<sup>2</sup> Loi 8, § 9. Dig. de inof. test. V, 2.

laisseraient pas sa légitime, il ne peut intenter la *querela*, parce qu'il a la ressource de la loi Falcidie ; mais la quarte Falcidie ne se prend pas sur les libertés léguées ; il faut donc dire aussi qu'on ne doit calculer la légitime qu'après avoir opéré la déduction des libertés. — Mais pourquoi, lorsqu'il s'agissait du calcul de la quarte Falcidie, déduisait-on la valeur des esclaves affranchis ? car l'affranchissement n'est autre chose qu'un legs, le legs de la liberté ? On a dit que c'était à raison de l'impossibilité de donner la liberté pour partie ; que le legs de liberté était un legs ayant pour objet une chose indivisible et non appréciable en argent. Cette explication n'est pas bonne, car il y a des legs, ayant des choses indivisibles, par exemple des servitudes, auxquels on applique la réduction de la loi Falcidie ; il est vrai que la liberté est un bien inestimable en argent, mais la valeur des esclaves affranchis est appréciable en argent. C'est simplement par faveur pour la liberté qu'on faisait la déduction des affranchissements. Je ne vois pas pourquoi on n'appliquait pas ici le système de la loi *Fuscia Caninia*. Cette loi ayant pour but de restreindre, pour les maîtres, la liberté des affranchissements par testament, décida que ceux qui auraient deux esclaves, pourraient les affranchir tous les deux ; que ceux qui en posséderaient de deux jusqu'à dix, pourraient en affranchir la moitié, etc <sup>1</sup>. Le maître devait désigner par leur nom les esclaves qu'il affranchissait, et s'il y en avait plus que la loi ne le permettait, la liberté compétait seulement aux premiers nommés dans le testa-

<sup>1</sup> Je renvoie au § 42, du Com. I. de Gaius pour la suite de ces restrictions.

ment<sup>1</sup>. Eh bien, on aurait pu, à propos de la Falcidie, réduire les affranchissements, en annulant les derniers ; ou bien décider que les esclaves, dont l'affranchissement entamerait la quarte, devaient comme tout autre légataire d'une chose indivisible, payer à l'institué une quote-part de leur valeur fixée au prix moyen de vingt solides d'or, proportionnelle à celle pour laquelle les legs de choses divisibles étaient soumis à la réduction<sup>2</sup>. — Quoi qu'il en soit, la règle est certaine, car elle est consacrée en toutes lettres par les textes que j'ai cités.

61. — Cette faveur amenait, comme on peut le présenter, des résultats rigoureux pour les héritiers du sang : on n'a qu'à supposer que le patrimoine du défunt se composait uniquement d'esclaves : en les affranchissant tous dans son testament, le testateur pouvait violer ouvertement les règles de *l'officium pietatis*. Il est vrai que la loi *Fusia Caninia*, qui limitait le droit d'affranchir ses esclaves, empêchait cette décision d'être sérieusement dangereuse pour les héritiers privilégiés, mais comme je l'ai dit, elle ne limitait ce droit que pour celui qui possédait plus de deux esclaves, par conséquent le danger subsistait pour les héritiers de celui qui n'en possédait que deux, et le jour où elle fut abrogée, les abus se multiplièrent. Quelle était, dans ce cas, la situation des légitimaires ? restaient-ils sans protection ?

Ulpien prévoit cette fâcheuse situation et voilà ce qu'il dit :

<sup>1</sup> Gaius, Comm. I, §§ 34, 44, 45. — Justien abolit la loi *Fusia Caninia*, et les maîtres eurent à l'avenir comme primitivement la latitude d'affranchir par testament, tel nombre d'esclaves qu'il leur plaît.

<sup>2</sup> Voy Guénot, *Des droits de leg. et de réserve*. p. 64.

*Cum igitur placet quartam minui per libertates, eveniet, ut qui servos habet tantum in patrimonio suo, dando eis libertatem, in officiosi querelam excludat, nisi forte hic filius, si non fuit in potestate, a patre heres institutus, merito omisit hereditatem, et ad substitutum transmittens querelam inofficiosi instituit: vel ab intestato, citra edicti pœnam habent hereditatem*<sup>1</sup>.

Ainsi si le fils institué héritier, était sous la puissance de son père, la situation se trouvait sans remède, puisque, d'une part le fils, en qualité de *heres necessarius* était incapable de répudier l'hérédité pour faire tomber le testament qui affranchissait tous les esclaves du défunt, et d'autre part, la *querela* ne lui compétait pas puisqu'il pouvait réclamer le quart de la succession au moyen de la Falcidie; or, la Falcidie, ne s'appliquant pas aux affranchissements, lui donnait droit au quart de la succession anéantie. Il est vrai que le Préteur lui accordait le *jus abstinendi*, mais ce bénéfice n'avait d'effet qu'au point de vue de l'obligation aux dettes, et aucunement d'empêcher que les esclaves arrivassent à la liberté; ce que constate Ulpien dans un autre fragment: *sciendum est, necessario herede existente, quamvis se abstinet, tamen libertates competere, si modo non in fraudem legis Sentia datæ fuerint*<sup>2</sup>.

Si, au contraire, l'héritier institué était un fils sorti de la puissance paternelle, les choses se passaient tout

<sup>1</sup> Loi 8, § 9. Dig. de inof. test. V, 2. Ce texte a été certainement modifié par Trébonien; il devait, contenir originairement le mot *duos*: en effet à l'époque où Ulpien écrivait la loi *Fusia Caninia* était encore en vigueur, et elle ne permettait d'épuiser le patrimoine par des affranchissements, que lorsque le testateur avait un ou deux esclaves formant toute la succession.

<sup>2</sup> Loi 32, Digeste, de manumissis test. XL, 4.



autrement. — S'il était seul institué, il répudiait la succession pour faire tomber les affranchissements, puis il la recueillait comme héritier *ab intestat*, sans craindre qu'on lui reprochât d'avoir renoncé pour se soustraire aux charges du testament et violé l'édit du Préteur<sup>1</sup>. En agissant ainsi, il n'avait eu d'autre but que de déjouer la fraude du testateur qui voulait le dépouiller sans justes motifs. — Si le père, en l'instituant, lui avait donné un substitué, la succession passait sans doute à celui-ci, par suite de la renonciation du fils ; mais alors ce dernier faisait rescinder le testament en intentant la *querela* contre le substitué. — Si l'institué était un *extraneus*, comme il n'avait aucun intérêt à faire adition, il répudiait la succession, à laquelle le fils venait en première ligne comme héritier *ab intestat*. Si l'*extraneus* avait un substitué, le légitimaire exerçait contre lui la *plainte d'inofficiosité*.

62. — A quelle époque se place-t-on pour évaluer les biens formant la masse ? C'est au moment de la mort du testateur.

*Cum queritur an filii de inofficioso patris testamento, possint dicere, si quartam bonorum partem mortis tempore testator, inspiciunt*<sup>2</sup>. Cette règle est équitable, car c'est à ce moment que les biens considérés comme biens du défunt, ont leur consistance définitive, et si l'on eût choisi le jour de l'adition, celui-ci pouvant varier au gré de l'héritier, on eût soumis les variations même du chiffre de la légitime à la volonté de l'héritier institué.

<sup>1</sup> Digeste, XXIX, 4, *si quis omissa causa test. ab int. vel alio mod. poss. hered.*

<sup>2</sup> Loi 6, Code de *inof. test.* III, 28.

A ce sujet, je suis amené à me demander si on doit tenir compte des améliorations ou des diminutions survenues aux biens depuis le décès. J'estime qu'il faut, pour répondre à cette question, distinguer deux cas.

1<sup>er</sup> Cas. — Le testateur a laissé au légataire par testament, une portion de biens déterminée. Après son décès, les biens héréditaires augmentent par exemple, parce que des choses prises par l'ennemi, sont recouvrées par l'effet du *postliminium*, parce que des débiteurs insolvables sont devenus solvables, ou ils diminuent parce que (toujours à titre d'exemple), la condition mise à une créance est défaillie, parce que des débiteurs solvables sont devenus insolvables. Dans toutes ces hypothèses, on ne tient pas compte, pour déterminer la légitime, des augmentations ou des diminutions survenues. Ainsi en supposant, que la portion de biens laissée au légataire par testament, soit exactement le quart de la succession du testateur, calculée d'après l'état des biens au moment de sa mort, le légataire ne pourra pas se plaindre, en soutenant, que les biens ayant augmenté, il se trouve avoir moins du quart. A l'inverse, en supposant que la portion laissée par le défunt ne soit pas équivalente au quart de l'hérédité, le légataire pourra s'en plaindre, sans qu'on puisse lui objecter que les biens ayant diminué, il se trouve avoir sa légitime. Cela se conçoit : on n'exige du testateur qu'une chose, c'est de ne pas manquer à l'*officium pietatis*, mais on ne peut pas le rendre responsable des augmentations ou des diminutions survenues dans sa fortune, après sa mort et lui imputer de ne pas les avoir prévues.

2<sup>e</sup> Cas. — Le testateur au lieu de laisser au légataire

une certaine valeur déterminée a chargé l'institué de lui donner la légitime, telle qu'elle serait évaluée après sa mort. Dans ce cas, au contraire, il faut tenir compte des améliorations ou des diminutions : il est certain alors que le testament n'est pas inofficieux et que le légitimaire se trouve dans la même situation qu'un institué, un légataire ou fidéicommissaire pour un quart de la succession. Il est copropriétaire par indivis, et l'on se place à l'époque du partage pour fixer la part à laquelle il a droit. Seulement si les changements produits dans la valeur des biens, proviennent du fait de l'héritier, le plus souvent possesseur des biens, il y aurait recours réciproques entre les intéressés et l'on tient compte des dépenses et de la plus-value au cas d'augmentation, et de la faute ou du dol en cas de diminution, conformément au droit commun<sup>1</sup>.

La masse une fois formée et évaluée pour fixer la légitime, on recherche quelle serait la part que le légitimaire aurait prise, en sa qualité d'héritier légitime, si le testateur était mort *intestat*, et de cette portion ainsi déterminée on prend le quart, qui constitue la légitime. A cet effet on s'attache, à l'ordre, au degré et au nombre des légitimaires. Le calcul se fait par tête (*in capita*) quand tous sont au premier degré, et par souche (*instirpes*) quand ils sont tous à des degrés différents ou tous au même degré autre que le premier. Ainsi en supposant deux fils exhérédés, leur part héréditaire étant d'une moitié, la légitime de chacun sera le quart de cette moitié, c'est-à-dire un huitième; ou encore en supposant; comme le fait Ulpien<sup>2</sup>, des petits-fils, nés de

<sup>1</sup> Boissonade, *Histoire de la réserve hered.* p. 111.

<sup>2</sup> Loi 8, § 8. Dig. de *inof. test.* V, 2: Proinde si sint ex duobus fi-

deux fils prédécédés, un seul d'un côté et trois de l'autre, la légitime du premier sera *sescuncia*, d'une once et demie ou trois vingt-quatrièmes, et celle de chacun des autres, *semi-uncia* ou un vingt-quatrième.

**63.** — Mais quels sont les légitimaires qui doivent compter pour le calcul de la quarte ?

La légitime étant une fraction de la part héréditaire *ab intestat*, on doit compter, pour son calcul, tous ceux qui auraient recueilli la succession, si le défunt était mort sans testament ainsi on tiendra compte, sans aucun doute, 1° des enfants institués héritiers, 2° des enfants indûment exhérédés et exerçant leur droit héréditaire par la *querela*, 3° des enfants exhérédés, mais pourvus de leur légitime. — Mais doit-on compter ceux que le testateur a justement exhérédés ? Voët et M. Boissonade répondent négativement, puisque, disent-ils, *exheredatus pro mortuo habetur*<sup>1</sup>. Leur solution me paraît trop absolue et je propose la distinction suivante : le fait d'ingratitude qui justifie l'exhérédation est-il de telle nature qu'il excluerait l'enfant même de la succession *ab intestat*, si le défunt était mort sans tester, ou non ? Dans le premier cas, je décide que l'exhérédé ne doit pas compter pour la détermination de la quarte ; dans le second, au contraire, qu'il fait nombre. En effet, j'ai dit, que la légitime, n'étant autre chose qu'une fraction de la part héréditaire, il faut tenir compte, pour son calcul, de tous ceux qui seraient venus à la succession *ab intestat* ; or, lorsque l'enfant s'est rendu indigne

liis nepotes, ex uno plures, tres puta, ex uno unus, unicum sescuncia ; unum ex illis, semuncia querelan excludit.

<sup>1</sup> Loi 4, § 5. de conj. cum eman. lib. ej. XXXVII, 8. — Voet *Com. ad. Pand. ad tit. de inof. test.* n° 49. — Boissonade. *Hist. de la réserve hered.* p. 106.

envers le testateur, il est exclu de cette succession, qui se partage alors, entre les autres héritiers, comme s'il n'existait pas. Dès lors il est logique que dans cette hypothèse, il ne compte pas non plus pour la fixation de la légitime ; mais, d'un autre côté il est logique aussi *ut numerus faciat*, qu'il compte lorsque le fait d'ingratitude est de nature à justifier l'exhérédation, mais non d'empêcher l'enfant de venir, en concours avec ses frères, à la succession *ab intestat* de son père.

64. — Faut-il compter aussi les enfants indûment exhérédés et renonçant à la *querela* ? Cette question peut se poser également sous la forme suivante : la légitime est elle conjonctive et solidaire ou disjonctive et purement individuelle ? est-elle ou non susceptible d'accroissement ? — La question est importante, car si on la résout par l'affirmative, la part héréditaire et par suite la légitime seront d'autant moindres et cela au profit de l'institué qui se trouve plus facilement à l'abri de la *querela*.

J'estime qu'elle n'est pas solidaire, mais individuelle, et par suite non susceptible d'accroissement, en cas de renonciation de quelques-uns des légitimaires. Cette solution est conforme aux textes, au caractère de la légitime et au but qu'elle poursuit :

A. Ses textes : 1° Les Institutes nous disent :

*Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum est, ut sive unus fuerit, sive plures, quibus agere de inofficioso testamento permissitur, una quarta eis dari possit, ut pro rata eis distribuatur, id est pro virili portione quarta*<sup>1</sup>.

Ce texte ne subordonne pas l'étendue de la portion de chacun à ce qui sera décidé pour les autres ou à

<sup>1</sup> Institutes. L. II. t. XVIII, de inof. test. § 7.



l'égard des autres. Il ne suppose même pas que la renonciation de l'un puisse profiter à celui qui a reçu sa part virile.

2° La loi 8, §. 8 Dig. *de inof. test.* v. 2 :

*Quoniam autem quarta debitæ portionis sufficit ad excluendam querelam, videndum erit, an exheredatus partem faciat, qui non queritur : ut puta sumus duo filii exheredati? et utique faciet, ut Papinianus respondit.....*

Ulpien s'occupant de la détermination de la quarte, se demande s'il faut tenir compte de l'existence d'un exhérédé, quand il ne se plaint pas, et il résout la question affirmativement de concert avec Papinien. Dire que l'exhérédé fait part, c'est dire qu'il compte à l'effet de diminuer la part de ses frères, qu'il n'y a pas d'accroissement de sa part à celle des autres légitimaires ; de sorte que si l'on suppose deux fils, l'un renonçant à la *querela* qu'il pourrait exercer avec succès, et l'autre injustement exhérédé, ce dernier devra pour être exclu de la *plainte d'inofficiosité*, avoir reçu non pas le quart de toute l'hérédité, mais seulement le quart de la moitié, c'est-à-dire un huitième. Aussi les Basiliques s'expriment-elles ainsi à cet égard.

Ὁ μὴ κίνωων, μεῖοι τὸ μέρος τοῦ κινουῦντος, εἰ γὰρ εἰς δύο παῖδες ὁ εἰς γινῶν οὐκ ἀπαιδεῖ τὴν ὀκην ληηρονυμίδη, ἀλλὰ τὸ ἥμιον. Trad. *qui non agit, minuit partem ejus qui agit, ut si sint duo filii, is qui agit, solus non assem sed semissem petit* <sup>1</sup>.

On objecte que cette loi ne s'occupe pas de la détermination de la légitime, mais de la question de savoir si la *querela* est ou non susceptible d'accroissement. Mais ce qui prouve bien que ce fragment a trait au calcul de la quarte, c'est la phrase par laquelle il commence :

<sup>1</sup> Basiliques. liv. XXXIX, tit. 1.

*quoniam autem quarta debitæ portionis sufficit ad excluendam querelam*, et celle par laquelle il se termine : *proinde si sint ex duobus filiis nepotes, ex uno plures tres puta, ex uno unus : unicum sescuncia...*

On oppose encore les lois 17 et 23 § 2. Dig. *de inof. test.* v. 2. Mais ces textes prévoient une hypothèse différente de celle indiquée par Ulpien. Ils supposent un testament attaqué pour inofficiosité et s'occupent des conséquences de la chute du testament, et de l'ouverture de la succession *ab intestat*. Ils posent le principe de l'accroissement en matière de *querela*, principe qui ici est la conséquence logique de la nature de cette action <sup>1</sup>.

B. Au caractère de la légitime et au but qu'elle poursuit. La légitime est en effet une portion de ce que *chaque enfant* avait recueilli si le testament n'existait, pas. Il n'y a donc aucune vocation conjointe entre légitimaires : chacun n'a de vocation qu'à sa portion et non pas aussi à celle des autres. — Du moment que le testateur a laissé à chaque enfant sa quarte, il a satisfait aux devoirs que les liens du sang lui imposent, il n'a point à se préoccuper des circonstances qui peuvent arriver après sa mort, et nul ne peut se plaindre, sous prétexte que la renonciation de quelques autres enfants serait venue accroître sa part. Autrement jamais le père n'aurait été sûr d'avoir fait un testament valable ; on l'aurait puni pour n'avoir pas deviné ce qui se passerait après son décès <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Vinnius (*quæst. sebet* I, 21) : distinguendum est inter querelam in qua locus est juris adcrendi, et legitimam relictam, in qua non item.

<sup>2</sup> Ragon : *Théorie de la retention et de l'imputation*, n° 49, p. 58. — Labbé : *De la manière de calculer la réserve* n° 14 et suiv. — Boissonade : *Hist. de la réserv. héréd.* n° 119, p. 106.

En supposant que le légitimaire renonce non plus à la *querela* mais à la légitime elle-même qu'on lui a laissée, cette part n'augmentera pas celle de ses frères, elle restera à l'héritier institué.

**65.** — La légitime doit être donnée au légitimaire par une disposition de dernière volonté, soit à titre d'institution, de legs, de fidéicommiss ou à titre de donation à cause de mort. Ce principe est posé par Ulpien.

*Si quis, mortis causa, filio donaverit quartam partem ejus quod ad eum esset perventurum si intestatus paterfamilias decessisset, puto secure eum testari*<sup>1</sup>.

Lorsque le légitimaire a reçu un legs, par exemple, ou un fidéicommiss, pour voir s'il est en droit de prétendre qu'il n'a point recueilli sa quarte, on devra d'abord en déterminer le chiffre, et puis apprécier les libéralités que le défunt lui a faites, sur le pied de la valeur des biens au moment du décès. Si ces libéralités sont suffisantes pour remplir la quarte, il ne pourra pas se plaindre ; dans le cas contraire, rien ne l'empêchera d'intenter la *querela*. — Quant aux donations *non mortis causa*, dont le défunt a pu gratifier le légitimaire, il en est tout autrement. Elles ne s'imputent pas sur la légitime ; donc le testateur lui eût-il fait des libéralités entre vifs beaucoup plus considérables que sa quarte, cela ne lui ôterait pas le droit d'exercer la *plainte d'inofficiosité*, décision qui s'explique par cette idée que les biens donnés entre vifs à des étrangers, ne comptent pas dans la masse.

Mais que décider, si le testateur, en faisant la donation, y a mis comme condition, qu'elle devrait s'impu-

<sup>1</sup> Loi 8, § 6, de *inof. test.* V, 2.

ter sur la légitime? — Voici ce que je lis, à ce sujet, dans l'ouvrage de M. Accarias : « Ulpien rejette ici la « *querela*, mais les termes dans lesquels il s'exprime, témoignent que son opinion n'était pas généralement « admise. Au contraire Papinien (L 16. *de suis et leg.* « XXXV:II, 16) et Paul (IV 5 § 8) méconnaissent sans hésiter la condition imposée par le donateur, et leur « doctrine. Déjà confirmée par un rescrit d'Alexandre « Sévère (4. 3. C. *de coll.* VI, 28) fut définitivement consacrée sous Justinien par ce motif que la renonciation « de l'enfant à la *querela* ne sera jamais complètement « libre. (L. 35 § 1. C. *de inof. test.* » — La manière de voir de ce savant auteur ne me paraît pas exacte et je pense que dans cette hypothèse, l'enfant n'aura pas la *querela*. M. Accarias confond, si je ne me trompe, deux ordres d'idées bien différents : d'une part l'idée d'imputation, de l'autre l'idée de renonciation à la succession ou à la *querela*. Le texte d'Ulpien, qui vient à l'appui de ma solution est conçu dans ces termes :

*Si non mortis causa fuerit donatum sed inter vivos, hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur potest dici inofficiosi querelam cessare, si quartam in donationem habet*<sup>1</sup>.

Ce fragment prévoit bien notre hypothèse et décide d'une manière formelle que le légitimaire ne pourra pas recourir à la *plainte d'inofficiosité*. Ulpien ne présente pas comme un point douteux qu'un bien donné entre vifs, à la charge d'être imputé sur la légitime doive être compris dans le calcul de la quarte. — Cette solution est équitable : « N'y a-t-il pas, dit fort bien M. Labbé,

<sup>1</sup> Loi 25, *pr. Dig. de inof. test.* t. 2. — Accarias : *Précis de dr. rom.* p. 894.

« quelque chose de choquant dans cette décision qui ne  
 « tient compte d'une volonté exprimée, d'une charge  
 « très licite imposée par le père donateur ? Sans doute,  
 « lorsque la donation faite au fils est pure et simple et  
 « irrévocable, à une époque où les donations entre vifs  
 « à des étrangers n'entrent pas dans le calcul de la légi-  
 « time, ne sont pas sujettes à retranchement pour com-  
 « pléter la légitime, les jurisconsultes ont raison de dé-  
 « cider que la donation faite au fils ne s'imputera pas  
 « sur la quarte. Autrement ce fils eût été plus mal traité  
 « qu'un donataire étranger : il eut été soumis, en réa-  
 « lité, à un retranchement dont les donataires étrangers  
 « sont affranchis. Mais quand le père ne fait pas une  
 « donation pure et simple, quand il est prescrit d'impu-  
 « ter, pourquoi ne pas avoir égard à cette restriction  
 « qu'il met à sa libéralité ? Il peut ne rien donner ; il  
 « peut donner sous toute espèce de condition licite,  
 « même sous des conditions potestatives ; il peut don-  
 « ner à cause de mort ; il ne pourrait pas faire une do-  
 « nation qui à tous autres égards irrévocable, sera,  
 « quant à la légitime, régie comme une donation à cause  
 « de mort ! Parce qu'il a voulu conférer au donataire un  
 « avantage plus grand, plus assuré, que ne le serait  
 « une libéralité à cause de sa mort, il n'est plus libre  
 « d'y mettre une condition, une limite <sup>1</sup>. » — On objecte  
 que cette clause est un pacte sur succession future et  
 nul comme tel ! Je réponds que ces sortes de pactes  
 sont valables, lorsqu'ils sont faits avec l'agrément de ce-  
 lui de la succession duquel il s'agit. — M. Accarias  
 cite en faveur de son opinion, quelques textes ; je vais

<sup>1</sup> Labbé : *De la manière de cal. la réserve.* n° 21, note 1.



les parcourir rapidement et démontrer qu'aucun ne prévoit notre question : 1° le fragment de Papinien :

*Pater instrumento dotali comprehendit, filiam ita dotem accepisse ne quid aliud ex hereditate patris sperat ; eam scripturam jus successionis, non mutasse constitit : privatorum enim cautionem legum auctoritate non censi<sup>1</sup>.*

Eh bien ! ce texte s'occupe-t-il de notre question, c'est-à-dire d'une donation entre vifs faite par le testateur au légitimaire sous la condition de l'imputer sur la quarte ? Pas le moins du monde : le jurisconsulte suppose qu'un père a doté sa fille sous la condition *ne quid aliud sperat ex hereditate patris*, c'est-à-dire, de renoncer à la succession ; et il décide, avec raison, que cette clause est nulle. Il ne s'agit pas, comme on le voit, d'une imputation, mais d'une renonciation à la succession, ce qui est tout à fait différent. Donc ce texte doit être écarté. 2° Le fragment de Paul, ainsi conçu :

*Pactio talis ne de inofficioso testamento dicatur, querelam super judicio futuram non excludit, meritis enim liberos quam pactionibus adstringi placuit<sup>2</sup>.*

L'hypothèse est celle-ci : un père fait une donation entre vifs à son fils, en exigeant qu'il renonce à la *querela*. Paul décide que cette convention n'éteint pas la *plainte d'inofficiosité*. Ici non plus ce n'est pas la question d'imputation qui est en jeu, mais celle de la renonciation à la *querela*. De la part du fils, renoncer avant l'ouverture de la succession de son père à se plaindre, des dispositions de ce dernier, c'est bien plus que consentir à imputer sur la légitime, une donation, c'est se déclarer à l'avance rempli de sa quarte, c'est renoncer

<sup>1</sup> Loi 46, *de suis et leg.* XXXVIII, 16.

<sup>2</sup> Sentences. Lib. IV, tit. 5, § 8.

à ses droits sur la succession de son père, ce qui est interdit. En exigeant du donataire une renonciation à la *plainte d'inofficiosité*, le père force, peut-être, son fils de se contenter de moins que la quarte attribuée par la loi ; il excède son pouvoir<sup>1</sup>. Il fallait donc protéger l'enfant qui n'acquiesçait à la donation soit que par condescendance, soit que par désir de se voir plutôt en possession d'une partie du patrimoine paternel.

3° Dans l'opinion que je combats, on dit que Justinien, dans la loi 35 § 1 (Code, *de inof. test.*) a confirmé la doctrine suivant laquelle, la *plainte d'inofficiosité* était admise dans le cas d'une donation avec clause d'imputation sur la quarte, à moins qu'une transaction n'intervienne entre le fils et les héritiers du père :

*Illud etiam sancimus : ut si quis a patre certas res vel pecunias accepisset et pactus fuisset, quatenus de inofficioso querela adversus testamentum paternum minime ab eo moveretur..... hujusmodi pacto filio minime gravari, secundum Papiniani responsum, in quo definivit, meritis magis filios ad paterna obsequia provocandos, quam pactionibus adstrigendos. Sed hoc ita admittimus, nisi transactiones ad heredes paternos filius celebraverit, iniquibus apertissime iudicium patris agnoverit.* Que résulte-t-il de ce texte ? que Justinien, lui aussi s'occupant de sa renonciation anticipée à la *querela*, et confirmant l'opinion de Papinien, décide qu'une pareille convention n'aura pas d'effet ; et quant à la transaction, dont il parle à la fin, il faut l'entendre dans ce sens, que le fils donataire appréciant lui-même la valeur de ce qu'il a reçu et qu'il est forcé d'imputer, transigera avec les héritiers et se tiendra, s'il y a lieu, pour satisfait.

<sup>1</sup> Labbé. *Ibid.*

Ainsi donc, la solution d'Ulpien reste entière et les textes qu'on lui oppose ne la contredisent point.

La règle de la non imputation des donations entre vifs pures et simples, sur la quarte, reçoit certaines exceptions :

1<sup>o</sup> L'Empereur Zénon décida que la constitution de dot et les donations *ante nuptias*<sup>1</sup> seraient imputables sur la légitime, en d'autres termes, que le légitimaire qui a reçu une pareille libéralité devrait en imputer le montant sur sa quarte :

*Quoniam novella constitutio Divi Leonis, ante nuptias donationem a filio conferri ad similitudinem dotis, quæ a filia confertur præcepit: etiam ante nuptias donationem filio in quartam præcipus imputari*<sup>2</sup>.

2<sup>o</sup> Justinien, en confirmant les deux exceptions précédentes, introduit une troisième en déclarant imputable sur la légitime la donation faite *ad emendam militiam*, c'est-à-dire la donation d'une somme d'argent pour subvenir à l'achat d'une charge militaire :

*Imputari vero filiis aliisque personis quæ dudum ad inofficiosi vocabantur, in legitimam portionem vocabantur et illa volumus, quæ occasione militiæ ex pecuniis mortui eisdem personis acquisita, posse lucrari eas manifestum est*<sup>3</sup>.

Justinien pour justifier cette exception, allègue que

<sup>1</sup> La donation *ante nuptias* est une donation entre vifs, qui est faite avant le mariage, le plus souvent par le futur mari ou son père, quelquefois par un tiers dans l'intérêt du mariage. Elle avait pour but de compenser au profit de la femme les avantages que le mari retirait de la dot, de sorte qu'il n'y pouvait avoir donation *ante nuptias*, que s'il y avait constitution de dot préalable. — voy. Institutes. L. II, t. VII, § 3. — Code. V, 3.

<sup>2</sup> Loi 29, C. de inof. test. III, 28.

<sup>3</sup> Loi 30, § 2. de inof. test. III, 28.

le légitimaire peut revendre la charge, ou que s'il meurt dans l'exercice de ses fonctions, la valeur en revient aux héritiers. Toutefois il excepte la charge de *Silentarius*<sup>1</sup>, qui rentre sur ce point dans la classe des donations ordinaires.

**66.** — La quarte doit être laissée franche et quitte de toutes charges, délais ou condition de nature à en diminuer la valeur. Il ne suffit donc pas d'en laisser au légitimaire la nue propriété, l'usufruit ou la pleine propriété, mais à la charge de la vendre à un tiers (*non videtur quis capere quod erit restitutus*). Si elle arrive grevée entre ses mains, il aura la *querela* pour attaquer le testament. Cependant, si le testateur, ayant grevé la légitime d'une charge, a laissé au légitimaire une libéralité en dehors de sa quarte, en faisant dépendre cet avantage de l'accomplissement de la charge, il va de soi que le légitimaire, en acceptant la libéralité, assume aussi la charge<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Voici ce que dit Pitiscus, à propos des *silentiarii* dans son : « *Lexicon antiquitatum romanorum* ; silentiarii non erant a secretis Principis, ut credidit Accursius in l. omnimodo ad. fin. ver. silentarius, C. de inof. test. et rub. C. de silentia, sed qui curam habebant ne quis in Principis palatio strepitus excitaretur et ut silentium servaretur. »

<sup>2</sup> Mais il peut, s'il le préfère, réclamer la légitime purement et simplement, sans charge, mais en renonçant alors à la libéralité. Il en a le choix et suivant ses intérêts il prendra le premier ou le second parti. Après le décès du testateur, l'héritier institué pourra exiger qu'il fasse connaître, le plus tôt possible, son intention à cet égard. — Ce procédé, dont l'idée se trouve dans la loi 44, *pr. Dig. de bon. liber.* XXXVIII, 2, est connu en Allemagne, sous le nom de *Cautela Socini*, d'après Marianus Socinus le Jeune, mort à Siena (1556) que l'on représente parfois comme ayant inventé le procédé, tandis qu'en réalité, il n'a fait que donner un avis, approuvant une clause de ce genre qu'un gentilhomme florentin, Nicolaus Antenorius,

Mais le principe suivant lequel la légitime doit être donnée purement et simplement, souffre quelques exceptions. Ainsi lorsque la clause qui peut paraître restrictive des droits du légitimaire a été faite au contraire, dans son intérêt bien entendu, on lui refusera la *querela*. On en trouve un exemple dans une constitution de Maximilien et Dioclétien : une mère, qui a de justes motifs de défiance à l'égard de son mari, peut favoriser ses enfants en les instituant, sous la condition qu'ils seraient émancipés. Le père ne pourra pas intenter la *plainte d'inofficio*, car la mère en agissant ainsi, au lieu de violer l'*officium pietatis*, a, au contraire, protégé les intérêts de ses enfants :

*Filius matrem quæ de mariti moribus secus suspicatur, ita posse consulere, jure compertum est, ut eos sub hac conditione instituat hæredes si a patre emancipati, fuerint.. neque ei nomine filiorum inofficiosi eo modo actionem posse competere quibus nullam injuriam fecerit mater, sed potius putaverit providendum*<sup>1</sup>.

De même encore, le fils ne peut se plaindre d'une substitution pupillaire que son père lui a faite. Cette disposition ne vaut que pour l'époque de sa mort, et s'il meurt avant sa puberté ; elle ne diminue donc en rien ses droits ; aussi ne lui accordera-t-on point la *querela*, le père a agi ici dans l'intérêt de son enfant. — Dans le

avait insérée dans son testament. — La *Cautela* doit être exprimée dans le testament, car la charge qui grève la légitime n'est pas valable par elle-même. Elle peut également être insérée dans un codicille. — Consultez sur la *Cautela Socini* : Francke. *Das Recht. der Notherben*, p. 247 et suiv. — Glück *Ausführliche Erläuterung der Pand.* p. 86 et s. t. VII. — Fr. Schröder : *Das Notherbenrecht*. Heidelberg, 1877, p. 377 et s. § 45.

<sup>1</sup> Loi 25, Code de *inof. test.* III, 28.



même ordre d'idées je dois mentionner un texte d'Ulpien, d'où il résulte qu'un légitimaire n'est pas admis à la *plainte d'inofficiosité* dans le cas où il a reçu une portion de biens plus forte que la quarte, à condition de vendre le tout après un certain temps, s'il peut avec les fruits perçus, dans le délai à lui imposé, recomposer une somme représentant la valeur de sa quarte.

.... *ab initio forte ex semisse heres institutus rogetur post decenium restituere hereditatem nihil habet quod querantur, quoniam facile potest debitam portionem, ejusque fructus medio tempore cogere*<sup>1</sup>.

Le jurisconsulte suppose que l'enfant a été institué pour une moitié de l'hérédité avec charge de la restituer au fidéicommissaire au bout de dix ans. Remarquez dans quelle situation fâcheuse se trouvait l'enfant ! d'abord les fruits ne sont pas destinés à être capitalisés, mais à être consommés, ensuite, il devait attendre dix ans pour avoir sa légitime complète. — On refuse également la *querela* aux légitimaires, lorsque le testateur, en les instituant, les a grévés de fideicommiss réciproques : en voici un exemple que j'emprunte à un rescrit de l'empereur Alexandre : un père institue son fils pour moitié, sa fille, qui a des curateurs, pour un tiers et son épouse, pour un sixième, le reste de la succession. Il charge, en même temps, son fils de remettre sa part à ses cohéritiers, s'il vient à mourir avant l'âge de vingt-cinq ans, et sa femme de faire une pareille restitution de son sixième :

*Si pater puellæ (cujus vos curatores esse dicitis) filio ex semisse, ipsa autem extriente, et uxore ex reliquo sextante,*

<sup>1</sup> Loi 8, § 11, *in fine*. Dig. de *inof. test.* V, 2.

*scriptii heredibus, fidei filiorum commissit, ut si quis eorum intra vigentiquinque annos ætatis decederet, superstitionibus portionem suam restitueret: præterea uxori, ut id quod ex causa hereditatis ad eam pervenisset, filiis post mortem suam restitueret fidei commisit*<sup>1</sup>. L'Empereur Alexandre décide que les curateurs de la fille ne pourront pas intenter pour elle la *plainte d'inofficiosité*, parce que par ces fidéicommiss réciproques, il s'établit une sorte de compensation entre les chances favorables et les chances défavorables auxquelles chaque légitimaire était soumis, et que la fille peut recueillir à un moment donné les parts de sa mère et de son frère.

*Calumniosam inofficiosi actionem adversus justum judicium testatoris instituere non debitis; cum ex hujusmodi fideicommissaria restitutione tam matris quam fratris ejus portio ad eam poterat pervenire*<sup>2</sup>.

Justinien modifie ce système de compensation en ordonnant que désormais, les conditions, délais ou charges, grevant la légitime, seront considérés comme non écrits, de sorte que le légitimaire recevra sa quarte intacte, dans toute son intégralité :

*..... Ut si conditionibus quibusdam, vel dilationibus aut aliqua dispositione moram, vel modum vel aliud gravamen actionem, introducente, eorum jura, qui ad memorandum actionem vocabantur, imminuta esse videantur; ipsa conditio, vel dilatio, vel alia dispositio, moram, vel quodcunque onus introducens, tollatur; et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset*<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Loi 12, Code de *inof. test.* III, 28.

<sup>2</sup> Loi 12, Code de *inof. test.* III, 28.

<sup>3</sup> Loi 32, in medio Code de *inof. test.* III, 28.

Et dans une autre constitution, au même titre<sup>1</sup>, je trouve une application de cette décision : un testateur avait institué un *extraneus*, en le chargeant de restituer, à sa mort ou après un certain délai, l'hérédité à son fils. Justinien déclare que celui-ci devra avoir immédiatement sa légitime, sans attendre ni la mort du fiduciaire, ni l'expiration du délai ; quant au reste de la succession, il la recueillera à l'expoque fixée par le testateur.

67. — Un testateur qui voulait ne laisser à l'un de ses parents légitimaires que sa légitime, rien de plus, et cela en biens particuliers, n'était pas toujours sûr d'atteindre son but, sous l'empire du droit classique : en effet, il la calculait d'après la valeur de ses biens à l'époque de la confection du testament et la question, portée en justice se jugeait ensuite d'après l'état de la fortune et la valeur des biens à la mort du testateur. Or, dans l'intervalle de ces deux époques, il pouvait arriver que son patrimoine se fût augmenté par de nouvelles acquisitions, de sorte que la portion laissée dans le testament n'équivalait plus au quart de la succession. Sans doute, rien ne l'empêchait de refaire son acte de dernière volonté, mais s'il était surpris par la mort ou bien si l'augmentation ne se produisait qu'à la veille de son décès, le testament se trouvait forcément sujet à rescision, car la règle était, que pour exclure le légitimaire de la *querela inofficiosi testamenti*, il fallait qu'il eût reçu sa légitime entière à moins que par respect pour la mémoire du testateur, il se contentât d'en obtenir le complément de ses cohéritiers. C'est ce que dit Paul :

*Filius iudicio patris si minus quarta portione consecutum*

<sup>1</sup> Loi 36, § 1. Code de *inof. test.* III, 28.

*sit, ut quarta sibi a coheredibus citra inofficiosi impleatur, jure desiderat*<sup>1</sup>.

Peu importait que la différence entre la quarte laissée par testament et celle à laquelle il avait droit d'après la valeur des biens au moment de la mort fût minime : on considérait l'enfant comme n'ayant absolument rien reçu et on lui permettait d'intenter la *plainte d'inofficiosité*.

Ce fut l'Empereur Constantin qui apporta un remède à cet inconvénient, en décidant que lorsque le testateur avait inséré dans son testament cette clause expresse : « *que sa part soit complétée selon l'arbitrage d'un homme de bien, ut quarta arbitrato boni viri repleretur* » que cette clause, dis-je, serait valable et que le légitimaire ne pourrait demander que le complément de ce qui lui était dû.

*Cum scribit moriens, ut arbitrato boni viri, si quid minus filiis sit relictum, quam modus quartæ, quæ per successionem bonis, tantum liberis debetur, efflagitat, id ipsum ab herede in eisdem in pecunia compleatur, manifestum est nullam jam prorsus..... querelam remanere*<sup>2</sup>.

Justinien va plus loin, et généralisant la solution, il sous entend la clause dont il s'agit toutes les fois que le légitimaire a reçu du défunt des libéralités imputables sur sa légitime ; il ordonne que dans ce cas l'enfant n'ait droit qu'au complément de sa quarte et jamais à la *querela*. Désormais donc cette dernière action ne peut être intentée que seulement lorsque le légitimaire n'a absolument rien reçu, *mortis causa*. — Cette réforme eut pour conséquence de restreindre l'application de la

<sup>1</sup> Loi 8, § 6. Dig. de inof. test. V, 2.

<sup>2</sup> Loi 4, Code Théod. de inof. test. II, 19.

plainte, ce que constate Justinien lui-même, dans une constitution dont voici les termes :

*Omnimodo testamentorum voluntatibus prospicientes, magnam et innumerabilem occasionem subvertendæ eorum dispositionis amputare censemus... ut sive adjiciatur in testamento de implenda legitima portione, sive non, firmum quidem sit testamentum, liceat vero his personis, quæ testamentum quasi inofficiosum vel alio modo subvertendæ queri poterant, id quod minus portione legitima sibi relictum est, ad implendam eam sine ullo gravamine, vel mora exigere* <sup>1</sup>.

Le droit qui appartient au légitimaire de réclamer le complément de sa quarte, n'est pas sanctionné par une action spéciale : les textes n'indiquent point son nom : on lui accorde, sans doute, dans ce but une *condictio ex lege*, car Paul nous dit que : *si obligatione lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est* <sup>2</sup>.

**68.** — Il ne faudrait pas conclure de ce que Justinien, dans les lois 34 pr. 35 § 2. (*Code de inof. test* III, 28) donne improprement, le nom de *querela* à l'action en complément, qu'entre ces deux actions il n'y a pas de différence ; ce serait commettre une grave erreur. Elles se distinguent, au contraire, sous de nombreux rapports :

1° *La querela* est une action réelle, une espèce de *petitio hereditatis*, ayant pour but de faire rescinder le testament et d'ouvrir la succession *ab intestat*. — L'action en complément est une action personnelle dont le but consiste à procurer au légitimaire l'intégralité du quart

<sup>1</sup> Loi 30, pr. *Code, de inof. test.* — *Instit.* L. II, t. XVIII, § 3.

<sup>2</sup> Loi un. Dig. XII, 2, de *condictione ex lege*.



de sa part héréditaire, sans toucher au testament, sans l'anéantir.

2° Le légitimaire qui intente la *querela* est traité comme cohéritier, et il peut réclamer une portion de biens en nature ; au contraire le demandeur à l'*actio ad supplendum* est considéré comme créancier de la succession et par conséquent n'est pas admis à exiger une part des biens en nature. Constantin voulait, en effet, que le complément soit fourni en argent : *in pecunia compleatur*.

3° La *querela* ne passe aux héritiers du légitimaire que sous certaines conditions que je déterminerai en m'occupant de causes d'extinction de la *querela*. — L'action en complément se transmet toujours.

4° Le légitimaire qui échoue dans la *querela*, perd les libéralités que lui a faites le testateur. — L'action en complément, lorsqu'elle ne réussit pas, laisse intacte la disposition testamentaire faite au profit du légitimaire.

5° La procédure de la *querela* est celle de l'*actio sacramenti* ; l'action en complément s'introduit d'après les règles du système formulaire.

6° La *querela* est une action *vindictam spirans*, elle flétrit la mémoire du défunt. — L'action en complément a un caractère plus doux, elle ne porte aucune atteinte à l'honneur du défunt, car en vérité, il n'a pas été injuste, il a simplement commis une erreur que le juge réparera.

7° D'après l'opinion que j'ai admise, la preuve de l'exhérédation imméritée incombe toujours, lorsqu'il s'agit de la *querela*, au demandeur. — Au contraire, pour l'action en complément, il faut faire une distinction :

si le légitimaire, dans le testament est qualifié expressément d'ingrat, il doit prouver que l'accusation du défunt n'est pas fondée ; si le testateur lui a laissé une quarte inférieure, sans parler de sa conduite, le légitimaire a droit au complément, et aucune preuve ne lui incombe : le défendeur même n'est pas admis à démontrer que l'enfant s'est mal comporté envers le défunt :

*Si tamen non ingrati legitimis modis arguatur, cum eos scilicet ingratos circa se fuisse testatur dixerit : nam si nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebit ejus heredibus ingratos eos nominare et hujus modi quæstionem introducere* <sup>1</sup>.

8° *La querela* s'éteint par un délai de cinq ans à partir de l'adition de l'hérédité. — L'action en complément, est perpétuelle ou du moins prescriptible par trente ans depuis Théodose le Jeune. Certains auteurs soutiennent que cette action se prescrit également, comme la première, par un délai de cinq ans, en s'appuyant sur la partie finale de la loi 34 au code, *de inof. test.* ainsi congue :

*.... tunc enim, secundum novellam nostri numinis constitutionem, repletio quantæ partis nepoti superest, si qua patri ejus competeat, ut perfruatur nostro beneficio a vetustate quidem neglectus, a nostro autem vigore recreatus, nisi pater adhuc superstes vel repudiarit querelam, vel quinquennio tacuit, scilicet post aditam hereditatem.* Ils font remarquer que la phrase : *nisi pater adhuc superstes, vel repudiavit querelam, vel quinquennio tacuit* se réfère à la phrase : *repletio quartæ partis nepoti superest, si qua patri ejus competeat*, où il est question de l'action en complément. — Cette opinion compte peu de partisans. En effet Justinien,

<sup>1</sup> Loi 30, Code *de inof. test.* III, 28.

dans cette constitution, s'occupe principalement de la transmission de la *querela* au petit-fils ; de l'action en complément, il ne parle que d'une façon incidente. Il n'est pas exact de prétendre que les mots *nisi pater superstes etc* se rapportent à cette action ; au contraire, ils se relient à la phrase qui les précède immédiatement : *ut perfratur nostro beneficio a vetustate quidem neglectus, a nostro autem vigore recreatus*, qui fait allusion à la *plainte d'infirmité* <sup>1</sup>.

Dans une constitution, datée de 531, Justinien exige que la légitime soit fournie et complétée *ex substantia patris*, avec les biens même du défunt et qu'on n'y tienne pas compte des biens que le fils a acquis *aliunde*, au moyen d'une substitution ou par suite d'un droit d'accroissement en matière d'usufruit.

*Repletionem autem fieri ipsa substantia patris, non si quid ex aliunde ex aliis causis filius lucratus est, vel ex substitutione, vel ex jure accrescendi, ut puta usufructus* <sup>2</sup>.

En parlant de substitution, l'Empereur vise la substitution fidéicommissaire faite par le testateur au profit de son fils : en effet, le fiduciaire devenant propriétaire des biens compris dans le fidéicommis, le légitimaire ne tient plus alors son droit directement du défunt, mais de celui-là. Quant à l'accroissement en matière d'usufruit, en voici une application que j'emprunte à Pothier <sup>3</sup> : il suppose que la nue propriété d'un fonds à

<sup>1</sup> En ce sens : Demangeat. *Cours de dr. rom. t. I*, p. 746. — Maynz : *Cours de dr. rom. t. III*, p. 392. — Franke Notherben, p. 335. — Arndts : *Lehrbuch der Pandekten* p. 1033.

<sup>2</sup> Loi 36, *pr.* Code de *inof. test.* III, 28.

<sup>3</sup> Pothier : *Pand. en nov. ord. ad inof. test.* 22 note K.

été léguée au légitimaire, et l'usufruit à un tiers, puis que l'usufruit prend fin, soit par l'arrivée du terme imposé par le testateur, soit par la mort de l'usufruitier : ce droit retourne alors au légitimaire, mais comme il ne le recueille pas *ex ipsa substantia patris*, l'usufruit ne sera pas compris dans sa quarte.

70. — Qu'arrive-t-il lorsque le légitimaire est évincé de sa légitime ? Un testateur lègue à son fils un fonds, dont la valeur égale ou dépasse même la quarte. Au moment de l'exécution du testament, on s'aperçoit que le fonds n'appartient pas au défunt, qu'il n'en est pas le véritable propriétaire. Doit-on accorder la *querela inofficiosi testamenti* au fils qui, en fait, ne profite pas de la chose que lui a laissée le testateur.

Pour résoudre cette question, il faut rappeler au moins brièvement les règles qui régissaient, en droit romain, le legs de la chose d'autrui. On connaissait à Rome, quatre espèces de legs, le legs : *per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modo* et *per præceptionem*. — Le legs *per damnationem* était le seul par lequel un testateur pouvait léguer la chose d'autrui : l'héritier devait alors l'acheter et la remettre au légataire, ou lui en payer l'estimation, si le propriétaire ne voulait pas la vendre : *quo genere legati*, dit Gaius, *etiam aliena res legari potest, ita ut heres redimere et præstare, aut æstimationem ejus dare debeat*<sup>1</sup>. Ainsi le testateur avait-il légué le fonds *per vindicationem*, *sinendi modo*, ou *per præceptionem*, le legs étant nul, le fils se trouvait n'avoir pas eu sa quarte, et on lui accordait la *plainte d'inofficiosité* pour faire tomber le testament. Avait-il, au contraire, légué *per dam-*

<sup>1</sup> Gaius. *Com.* II, § 202. — Institutes. L. II, tit. XX, *de legatis*, § 4. — Loi 14, § 2. *Dig. De leg. III*°.

*nationem*, le legs étant valable, on refusait la *querela* au légitaire, puisqu'il avait contre l'héritier un droit de créance garanti par une action personnelle, la *condictio ex testamento* au moyen de laquelle il le contraignait de lui transférer la propriété de la chose léguée ou lui en fournir l'estimation. — Plus tard, sous le règne de Néron, un Sénatus-Consulte, appelé pour cela, le Sénatus-Consulte *Néronien* vint décider, que tout legs nul seulement à raison d'une erreur commise par le testateur dans l'emploi de la formule, serait valable comme legs *per damnationem*. Dès lors peu importait la forme employée par le testateur; toutefois, en ce qui concerne la validité du legs de la chose d'autrui une distinction était encore nécessaire: le testateur savait-il qu'il léguait la chose d'autrui? dans ce cas, le fils pouvait se faire livrer l'objet du legs ou du moins s'en faire payer l'estimation, par conséquent, on lui interdisait la *querela*. — Croyait il, au contraire, au moment de la confection du testament, léguer sa propre chose, le legs était nul, et il y avait lieu à la *plainte d'inofficiosité*<sup>1</sup>. La preuve que le testateur savait que la chose ne lui appartenait point, incombait au légitaire, car comme

<sup>1</sup> Papinien, loi 67, § 8. Dig. de leg. 2<sup>o</sup> XXXI. Cette distinction est due à Nevatius Priscus et Antonin le Pieux la confirma dans une de ces constitutions. Cela résulte d'un fragment de Papinien (67, § 8, de leg. 2<sup>o</sup>), dans lequel le jurisconsulte, consulté sur une espèce analogue à la nôtre, répond : *non est Neratii Prisci sententiæ, nec constitutioni locus*. Quoique Papinien ne dise pas que la constitution à laquelle il fait allusion soit d'Antonin le Pieux, néanmoins il n'est pas douteux qu'il n'en soit pas ainsi, quand on lit dans les Institutes, les lignes suivantes : *Quod autem diximus alienam rem posse legari, ita intelligendum est si defunctus sciebat alienam rem esse, non et si ignorabat; possitam enim si scisset alienam, non legasset. Et ita Divius Pius rescripit*. (Institutes. L. II. tit. XX, de leg. § 4.



dit Marcien : *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*<sup>1</sup>.

En l'an 228 une constitution d'Alexandre Sévère changea toutes les règles relatives au legs de la chose d'autrui, et décida qu'il produirait toujours son effet, alors même que le testateur aurait cru léguer sa propre chose, pourvu toutefois que le legs fût adressé à un proche parent :

*Quod si suam esse putavit, non aliter valet relictum nisi proximi datum sit, cui legaturus est, si scisset rem alienam*<sup>2</sup>. Or, comme le fils était du nombre des plus proches parents, on peut dire, qu'il n'avait droit, dans tous les cas, qu'à l'action *ex testamento*.

Cette constitution fut abrogée, ainsi que cela résulte d'une loi insérée au Code, dans laquelle Justinien, se demandant, quel sera l'effet de l'éviction subie par le légitimaire, répond, que ce dernier pourra réclamer sa quarte ou le complément de sa quarte, suivant l'étendue de l'éviction. Si la constitution d'Alexandre Sévère avait encore été en vigueur, il n'aurait jamais pu s'agiter de discuter la question de savoir si le légitimaire évincé aurait eu la *querela* ou l'action *ex testamento*. — Ainsi Justinien fait revivre l'ancienne distinction de Neratius Priscus, mais au lieu d'accorder la *querela*, c'est l'action en réclamation de la légitime qu'il donne dans le cas où le testateur a légué la chose d'autrui croyant léguer sa propre chose :

*Sancimus sive in totum evicto subsequatur sive in partem emandare vitium et vel aliam rem, vel pecunias restitui :*

<sup>1</sup> Marien : loi 24, Dig. de prob. et præs. XXII, 3. — Institutes, L. II, tit. XX, de leg. § 4.

<sup>2</sup> Loi 10. Code de leg. VI, 37.

*ut sive ab initio minus fuerit derelictum, sive extrinsecus qualiscumque causa interveniens aliquod gravamen imponat, vel in quantitate, vel in tempore : hoc modis omnibus repleti et nostram juvamen parum filius inferri*<sup>1</sup>.

Remarquez qu'avant Justinien le légitimaire avait intérêt de prouver que le testateur avait cru léguer sa propre chose, car le legs étant nul il obtenait par la *plainte d'inofficiosité*, la totalité de l'hérédité, tandis que si le testateur avait su qu'il léguait la chose d'autrui, il ne pouvait réclamer par l'action *ex testamento* que le montant de son legs. — Sous cet Empereur c'est l'inverse qui a lieu : en effet, si le testateur a légué la chose d'autrui en connaissance de cause, le légitimaire peut par l'*actio ex testamento* se faire mettre en possession de l'intégralité de son legs qui peut être supérieur à sa quarte ; (s'il lui était inférieur, il le compléterait jusqu'à concurrence de sa légitime par l'action en complément) : si au contraire le défunt a cru léguer sa propre chose, le fils n'a que l'action supplétoire...

Si au lieu d'une éviction déjà soufferte, je suppose la crainte d'une éviction, que décider dans l'espèce ci-dessus ? Evidemment, si le testateur a sciemment légué la chose d'autrui, le légitimaire, comme tout autre légataire, pourra exiger qu'on le rende immédiatement propriétaire ou qu'on lui paye l'estimation. Mais dans l'hypothèse contraire, je serais assez porté à croire, vu le silence de la loi 36, que le fils ne pourrait agir préventivement<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Loi 36. pr. Code, de *inof. test.* II, 27. — Je pense qu'il faille attribuer à une inadvertance des compilateurs, l'insertion, dans le Code, de la constitution d'Alexandre Sévère.

<sup>2</sup> Voyez dans ce sens : Vernet *Traité de la quot. disp.* p. 137.

Un testateur institue un *extraneus*, lègue la légitime à son fils et fait d'autres legs au profit de différentes personnes ; je suppose que l'ensemble de legs dépasse les trois quarts de la succession. Quelle va être, dans ce cas, la situation de l'héritier ? La loi Falcidie décidait que lorsqu'un héritier était grevé de legs de plus des trois quarts de la succession, il pouvait les réduire de manière qu'il ait le quart de l'hérédité. — Mais dans notre hypothèse, il sera bien peu disposé de recourir à la Falcidie ; en effet, parmi les légataires, il faut compter aussi le légitimaire ; or, s'il exerçait une retenue contre celui-ci, sur la valeur de sa quarte, le fils n'ayant plus sa légitime complète, attaquerait le testament par la *querela* et ferait tomber l'institution et tous les legs. Donc l'héritier, en ne lui réclamant rien, ou tout au moins, en ne lui réclamant que le surplus de la quarte, agit aussi dans son propre intérêt et, dans l'intérêt des autres légitimaires ; dès lors ces derniers devront supporter avec lui, proportionnellement à la part qu'ils prennent dans la succession, la portion de réduction qu'aurait dû subir le légitimaire, en vertu de la loi Falcidia. — Bien entendu que si l'exhérédation était fondée sur des justes motifs, l'héritier institué ne manquerait pas de faire réduire la part léguée au fils, car dans ce cas, celui-ci n'ayant pas droit à la *querela*, l'*heres scriptus* et les autres légataires ne courent aucun danger.

Sous Justinien, le légitimaire qui n'a pas sa légitime entière, ne peut qu'en réclamer le complément ; donc si l'héritier, réduisait la quarte de l'enfant, celui-ci intentait immédiatement l'action supplétoire et l'institué était obligé de la compléter. Mais il en serait autrement dans le cas où le testateur aurait dit que la quarte

ne devait pas être complétée à raison des faits d'ingratitude du légitimaire. L'héritier pouvait alors réduire la légitime léguée, et lorsque le fils intentait l'action en complément, il lui opposait son ingratitude, mais le légitimaire avait le droit de discuter l'accusation du défunt et d'en prouver la fausseté.

C'est une question controversée que celle de savoir qui doit supporter la perte résultant de l'impossibilité d'exercer la réduction de la Falcidie sur la légitime. Suivant M. Vernet, ce sont les autres légataires : « Justinien, s'étant borné à dire que la loi Falcidie ne serait pas opposable au légitimaire de « manière à la réduire au-dessous de sa quarte, il « en résulte que l'héritier n'a plus de choix et qu'en « n'opérant pas de réduction, il n'a fait qu'obéir à « la constitution de l'Empereur, et que dès lors, aucune « exception à la loi Falcidie n'ayant été introduite pour « ce cas, il doit avoir la quarte Falcidie entière, ce qui « fera supporter en entier par les autres légataires la portion contributoire du légitimaire.<sup>1</sup> » — Suivant M. Cuënot, la perte sera supportée par les autres légataires et par l'héritier, car, dit-il, Justinien décide expressément que la quarte Falcidie pourra se trouver entamée par l'effet de l'action en complément<sup>2</sup>. — Pour ma part, je n'adopte ni l'une, ni l'autre de ces opinions et j'estime que l'héritier seul supporte la portion contributoire de l'enfant : en effet, s'il voulait faire réduire la part du légitimaire au moyen de l'action de la loi Falcidie, ce dernier recouvrerait par l'action supplétoire ce qu'on lui avait enlevé avec le secours de l'action tirée de la

<sup>1</sup> Vernet. *Traité de la quotité disponible*, p. 139.

<sup>2</sup> Cuënot. *Des droits de leg. et de réserve*, p. 85 et 86.

loi Falcidie. Les légataires n'ont donc plus à craindre l'emploi par le légitimaire de la *querela* et, par suite l'annulation des avantages qui leur ont été faits par le testament. Dès lors la perte résultant de l'impossibilité d'exercer la réduction de la quarte Falcidie contre la disposition faite en faveur du légitimaire et sur la quarte légitime elle-même, devra être supportée par l'héritier seul qui ne pourra la faire partager aux autres légataires. M'objectera-t-on que la loi Falcidie n'est pas opposable aux légitimaires? Je réponds qu'on ne peut refuser d'appliquer à l'éviction résultant de l'action en réduction, aussi bien qu'à celle résultant de la revendication du propriétaire, cette décision générale : *Sancimus itaque in omnibus istis casibus, sive in totum evictio subsequatur, sive in partem, emendare vitium, et vel aliam rem vel pecunias restitui.*

**71.** — Je mentionne, en terminant, deux règles édictées par Justinien. L'héritier qui, poursuivi par le légitimaire n'a pas payé la quarte avant la sentence, devra cette quarte et le tiers en sus<sup>1</sup>.

**72.** — Les fils orthodoxes de parents hérétiques ont droit de réclamer toute leur part *ab intestat*, s'ils n'ont aucune faute à se reprocher, et, dans le cas contraire, ils ont droit à la légitime ordinaire<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Loi 3, B. pr. Code de inof. test. III, 28.

<sup>2</sup> Code I, 15 de hæret. et manach. et samar. l. 13 § 1 : Orthodoxi filii hæreticorum qui nihil deliquerunt in parentes, illibatum accipiunt et indemnitum quod eis ab intestato competit et adversus hæc facta ultima voluntas infirmatur : conservatis libertatibus, nisi aliqua lege prohibeantur. Si vero quid deliquerint in parentes accusantur et puniuntur. Habent autem, et cum deliquerint, quartam facultatum ipsorum partem testamento facto, § 2. Eadem et in judæis et samaritis obtinent.



## CHAPITRE CINQUIÈME

### DES EFFETS DE LA QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI

Trois éventualités peuvent se présenter : la *querela* peut échouer, elle peut rescinder le testament en entier ou ne le rescinder que pour partie.

Je diviserai ce chapitre en quatre sections : dans la première je m'occuperai du rejet de la *querela* ; dans la seconde de la rescision totale du testament, dans la troisième, de la rescision partielle, et enfin dans la quatrième, du droit d'accroissement dans la *plainte d'inofficiosité*.

#### SECTION I

##### Du rejet de la *querela*.

SOMMAIRE : 73. Le testament produit son effet. — 74. Peine encourue par le *querelans* qui succombe. — 75. Tempéraments.

**73.** — Le *querelans* peut succomber, soit parce qu'il a été exhéredé pour une juste cause, soit parce qu'ayant reçu, par testament, une partie de sa légitime, il n'a droit qu'à son complément, par conséquent à l'action

supplétoire, et non à la *plainte d'inofficiosité*. — Dans ces divers cas, le testament qu'il attaque conserve toute sa force, l'addition faite par l'institué reste parfaitement valable, et les dispositions contenues dans l'acte de dernière volonté s'exécutent comme si la rescision n'en a jamais été demandée. .

**74.** — Mais ce n'est pas tout. Comme la *querela* est une *actio injuriarum*, comme le demandeur, en l'intendant, soutient que le testateur n'a pas été sain d'esprit, qu'il a oublié l'*officium pietatis*, les affections, les devoirs imposés par les liens du sang, par la parenté, qu'il ne mérite pas le titre de père ou de fils ou de frère, si le plaignant échoue, on lui inflige une peine d'avoir voulu porter atteinte, par cette accusation, à l'honneur du défunt, d'avoir voulu imprimer une flétrissure à sa mémoire. Cette peine consiste dans la perte de toutes les libéralités, legs ou fidéicommiss, faits à son profit par le testateur : elles lui sont enlevées pour indignité *ut indigno*, et pour cette raison attribuées au fisc. Voici comment Ulpien s'exprime à cet égard :

*Meminisse oportebit eum qui testamentum inofficiosum improbe dixit et non obtinuit; id quod testamento accepit, perdere et id fisco vindicari quasi indigne ablatum<sup>1</sup>.*

Le même Ulpien nous apprend que si l'héritier institué et chargé de restituer l'hérédité à un tiers, vient à succomber dans la *plainte d'inofficiosité*, il perd la quarte Falcidie qu'il a pu retirer et on la lui enlève au profit du fisc.

*Unde non male Papinianus lib. II. Responsorum refert, si heres institutus et rogatus restituere hereditatem, deinde*

<sup>1</sup> Loi 8, § 14. Dig. *de inof. test.* V, 2.

*in querela inofficiosi non obtinuit, id quod jure Falcidiæ potuit habere, solum perdere*<sup>1</sup>.

Mais remarquez que le plaignant n'est pas privé de ce qu'il a reçu à un autre titre que les legs ou fidéicommissis, par exemple, par donation à cause de mort.

*Qui donationem mortis causa accepit a testatore*, dit Paul, *non est similis in hac causa legatario*<sup>2</sup>.

75. — Il résulte cependant des textes que les Romains admettent certains tempéraments à la règle suivant laquelle, le *querelans*, qui succombe, perd les avantages que lui a laissés le défunt. Ainsi, il n'encourt pas cette peine, s'il se désiste, s'il ne persévère pas jusqu'au bout dans sa poursuite injuste, s'il vient à mourir; s'il fait défaut.

*Sed ei demum aufertur*, continue Ulpien, *quod testamentum datum est, qui usque ad judicium lite improba perseveraverit; cæterum si ante sententiam destitit vel decessit, non ei aufertur, quod datum est. Proinde et si absente eo, secundum præsentem pronuncietur, potest dici conservandum præsentem ei, quod accepit*.

De même, si l'adrogé, ayant intenté la *querela* contre le testament de l'adrogeant, échoue, il conservera pourtant son droit à la quarte Antonine, car il ne la tient pas de la volonté du défunt, elle est une dette de la succession :

*Et puto, aut non admittendum ad inofficiosum, aut si admittatur et si non obtinuerit quartam ei quasi æs alienum, concedendam*<sup>3</sup>.

Comme cette déchéance présente le caractère d'une

<sup>1</sup> Loi 8, § 14, *de inof. test.* V, 2.

<sup>2</sup> Loi 5, § 47, *ut indig.* XXXIV, 9.

<sup>3</sup> Loi 8, § 15. *Dig. de inof. test.* V, 2.

peine, elle n'atteint évidemment que le plaignant qui agit de son chef. De là des conséquences que les textes indiquent : Justinien déclare que si le tuteur, qui a exercé l'action de *inofficioso* au nom d'un pupille à qui rien n'a été laissé, succombe, il ne perd pas le legs qui lui a été fait dans le même testament.

*Sed si contrario pupilli nomine cui nihil relictum fuerit de inofficioso egeret et superatus est, ipse tutor quod sibi, nondem testamento legatum relictum est, non amittit*<sup>1</sup>.

De même encore, le légataire qui, en qualité d'héritier du querelans, continue l'action, n'est pas privé de sa libéralité, s'il vient à échouer. Cela résulte d'un fragment de Tryphoninus :

*Si mihi legatum testator dedit, cujus de inofficioso filius agens decessit, me herede relicto, egoque hereditariam causam peregi et victus sum, id quo testamento relictum est, non perdam, utique, si jam defunctus agere coeperat*<sup>2</sup>. Et dans le paragraphe suivant, le jurisconsulte suppose qu'un testateur, ayant exhéredé son fils, laisse un legs à une tierce personne. Le fils, après avoir exercé la querela, se donne en adrogation au légataire, et décède avant la fin du procès ; puis l'adrogeant continue l'instance et succombe ; Tryphoninus décide que ce dernier, malgré son échec, ne perdra pas son legs, car il n'a pas agi de son chef, mais en vertu des droits que lui conférait la succession qu'il a recueillie :

*Item si adrogevi eum qui instituerat litem de inofficioso testamento ejus, qui mihi legatum dedit, litemque peregero non oportet ; quia non sum indignus ut auferatur mihi a fisco*

<sup>1</sup> Institutes, Lib. II, tit. XVIII, de *inof. test.* § 5.

<sup>2</sup> Loi 22, § 2. Dig. de *inof. test.* V, 2.

*id quod derelictum est : cum non proprio nomine, sed jure cujusdam successionis egi*<sup>1</sup>.

La même solution est donnée pour le père légataire, agissant au nom de son fils, contre le testament maternel : il gardera les avantages qui lui sont faits personnellement, *quoniam alii victoriæ commodum parat*<sup>2</sup>.

La libéralité, laissée à un mineur de vingt-cinq ans, se trouve également à l'abri de cette confiscation, dans le cas où ayant attaqué le testament qui l'écartait de la succession, les centumvirs rejetaient sa demande. On estime qu'à raison de son âge, il a agi sans se rendre bien compte des conséquences fâcheuses, que pourrait entraîner pour lui la perte de son procès. C'est ce que décidèrent les Empereurs Sévère et Antonin.

*Ætati ejus qui accusavit ignoscitur, et maxime si tutor vel curator dicere falsum vel inofficiosum velit ; et ita imperatores Severus et Antoninus rescripserunt*<sup>3</sup>.

Ainsi, en résumé, sauf les exceptions que je viens d'indiquer, la règle générale est que le demandeur, échouant dans la *querela*, perd les libéralités qui lui ont été faites par le défunt, dans son testament.

## SECTION II

### Rescision totale du testament.

SOMMAIRE : 76. Ouverture de la succession *ab intestat*. — Effets de la rescision à l'égard de l'institué. — 77. La rescision n'a pas d'effet retroactif. — conséquences. — 78. Application du sénatus-consulte

<sup>1</sup> Loi 22, § 3. Dig. *de inof. test.* V, 2.

<sup>2</sup> Loi 22, § 1. Dig. *de inof. test.* V, 2.

<sup>3</sup> Loi 5, § 9. Dig. *his quæ ut indig.* XXXIV, 9.



Juventien à la restitution de l'hérédité au *querelans* victorieux. — 79. Effets de la rescision à l'égard des tiers : légataires, fidéicommissaires, esclaves affranchis par testament. Les dispositions testamentaires tombent. — Motifs de ce principe. — 80. Du droit d'appel accordé aux tiers. — 81. Les valeurs fournies en exécution du testament rescindé sont répétées par la *conditio indebiti*. — A qui appartient-elle ? Distinction. — 82. Des exceptions que comporte le principe suivant lequel les dispositions testamentaires, s'évanouissent par suite du jugement rendu contre l'institué. — 83. Du cas où le *querelans* victorieux n'est pas le plus proche héritier *ab intestat*.

**76.** — La rescision du testament, qu'elle soit totale ou partielle, suppose toujours que le plaignant a obtenu gain de cause dans son procès. — Pour plus de clarté, je me placerai dans l'hypothèse la plus simple d'un seul légitimaire, agissant contre un *extraneus*, unique institué. Quels vont être les effets de la sentence prononcée en faveur du demandeur ? Le testament tombe en totalité, comme émanant d'une personne dépourvue de la raison, que suppose le droit privilégié de faire un pareil acte. Le testateur est réputé mort *intestat*<sup>1</sup> et la succession légitime s'ouvre au profit du *querelans*, qui sera toujours saisi de plein droit, sans distinguer s'il est *suus* ou non : On ne concevrait pas, en effet, qu'il puisse répudier une hérédité qu'il a demandée en justice ; par l'exercice même de son action, il fait adition, et cette adition devient efficace par la sentence qui rescinde le testament<sup>2</sup>. Il se trouvera donc *heres suus* ou *bonorum possessor* suivant qu'il est en puissance ou déjà émancipé. L'institution est annulée, l'institué perd son titre, et comme l'institution *caput et fundamentum to-*

<sup>1</sup> Loi 6, § 1. Dig. V, 2 : nam institutum fatrem familias facit.

<sup>2</sup> Accarias, *Précis de dr. rom.* p. 897, note. 2. t. I.

*tius testamenti est*<sup>1</sup>, les legs, les fidéicommiss<sup>2</sup>, la substitution pupillaire, la nomination d'un tuteur, tombent également de plein droit :

*Si ex causa de inofficiosi*, dit Ulpien, *cognoverit iudex et pronunciaverit contra testamentum, nec fuerit provocatum, ipso jure rescisum est, et suus heres erit secundum quem judicatum est : et bonorum possessor, si hoc se contendit ; et libertates ipso jure non valent, nec legata debentur*<sup>3</sup>.

77. — L'institution est annulée, ai-je dit. Je fais remarquer que la rescision du testament n'a pas d'effet rétroactif, l'institué n'est pas censé n'avoir jamais été héritier. Il a représenté le testateur depuis le jour de l'adition jusqu'au jour de la sentence, et sauf l'obligation qui lui incombe de restituer au légitimaire, les valeurs héréditaires, tous les actes qu'il a faits doivent être respectés. — Il résulte de ce principe que jusqu'à la sentence centumvirale, *l'heres scriptus* a pu : 1° exercer toutes les actions tant réelles que personnelles ; 2° défendre aux actions des créanciers de la succession, sans qu'il ait pu leur opposer le *præjudicium hereditati non fiat* ; 3° recevoir le paiement des débiteurs de la succession, qui se trouvent, par là, libérés ; 4° payer vala-

<sup>1</sup> Gaius, *Com. II*, § 229.

<sup>2</sup> Loi 36, *De leg. test.* XXXII.

<sup>3</sup> Loi 8, § 16. *Dig. de inof. test.* V, 2.

<sup>4</sup> Chaque fois que deux prétendants se disputaient une hérédité, l'un et l'autre pouvaient opposer aux créanciers héréditaires, le *præjudicium ne hereditati non fiat*. Il y avait là un résultat fâcheux pour ces derniers. Aussi Justinien, pour remédier à cet inconvénient, décide-t-il que les créanciers pourront poursuivre à leur choix le *possessor* ou le *petitor hereditatis*. — Loi 12, pr. §§ 1 et 2. *Code, de hered. pet.* III, 31. — Voy. Accarias. *Pr. de dr. rom. t. II*, p. 4284, n° 924.

blement les créanciers du défunt et les légataires; 5° aliéner les objets héréditaires, car il en est le propriétaire.

78. — Quant à la restitution dont l'institué est tenu envers le légitimaire, on considère le premier comme étant dans la même situation qu'un possesseur d'hérédité, évincé par le véritable héritier; et la restitution s'effectue, par conséquent, d'après les règles qui régissent la *petitio hereditatis*, d'après la distinction établie par le sénatusconsulte Juventien. Ce sénatusconsulte, rendu sous Adrien<sup>1</sup> distingue, suivant que le possesseur est de bonne ou de mauvaise foi<sup>2</sup>. Dans le premier cas, il doit restituer les choses héréditaires qui existent chez lui au moment de la demande formée, y compris les accessoires, et en outre, tout ce dont il se trouve enrichi, *die rei judicatæ*, par suite de la possession, notamment, le prix des choses qu'il a aliénées, les sommes qu'il a reçues à un titre héréditaire quelconque, les actions acquises, les fruits perçus, car *fructus augent hereditatem*, le tout, je le répète, dans la limite de son enrichissement<sup>3</sup>. — Dans le second cas, il est obligé de restituer ce qu'il possède et ce que par dol, il a cessé de posséder : ainsi, en cas d'aliénation, il doit restituer la chose elle-même, et non pas se contenter de rendre ce qu'il a touché à cette occasion. Quant aux fruits, le possesseur

<sup>1</sup> Ordinairement on appelle ce sénatus-consulte, Juventien du nom du Jurisconsulte Publius Juventius Celsus qui fut chargé d'en développer la pensée et les motifs. — Quelques auteurs, notamment M. Maynz (*Cours de dr. rom. t. III, p. 478, note 16, et p. 489*) le désigne sous le nom de. S. C. d'Adrien, parce qu'il a été voté sur la proposition de cet empereur.

<sup>2</sup> Ce S. C. Juventien se trouve au Digeste au titre de *hered. pet. Lib. V, tit 3*, et y forme le frag. 20, § 6, d'Ulpien.

<sup>3</sup> Lois 20, § 3 ; 25 § 20 ; 40 § 1, de *hered. pet. V, 3*.

de mauvaise foi, répond non-seulement de ceux qu'il a perçus, mais encore de ceux qu'il aurait pu percevoir, et il peut être poursuivi pour toutes les dégradations que les choses héréditaires ont subi, par son fait ou par sa faute.

Cette distinction, ces règles s'appliquent aussi à l'héritier institué lorsqu'il doit restituer l'hérédité au légitimaire qui a triomphé dans la *plainte d'inofficiosité*.

La sentence, qui prononce la rescision du testament efface la confusion qui s'est produite par l'adition, et par là, l'institué recouvre les droits qu'il avait à l'égard du défunt et se trouve soumis aux obligations auxquelles il était tenu auparavant envers ce denier. Ainsi, est-il créancier? il pourra toucher à l'échéance le montant de la créance; est-il, au contraire, débiteur? il sera poursuivi au terme par l'héritier *ab intestat*, qui recueille la succession :

*Evicta hereditate, per inofficiosi querelam, ab eo qui heres institutus est, perinde omnia, observari oportere, ac si hereditas adita non fuisset et ideo et petitionem integram debiti heredi instituto adversus eum, qui superavit, competere et compensationem debiti*<sup>1</sup>.

79. — J'ai dit que lorsque le juge reconnaît comme fondée la *querela inofficiosi testamenti*, les legs, les fidéicommisses, les affranchissements sont annulés. Il semble, au premier abord, que ce résultat ne doive pas se produire, puisqu'il est de principe que *res inter alios acta, aliis non nocet* : or, ici, c'est bien une *res inter alios acta*, car le plaignant n'a exercé cette action que contre l'héritier inscrit, et les légataires, les fidéicommissaires, n'ont pas été mis personnellement en cause. Cette con-

<sup>1</sup> Loi 21, § 2. Dig. de inof. test. V, 2.

séquence s'explique, cependant par cette idée, que les Romains s'écartent ici de cette règle rationnelle pour obéir au principe arbitraire qui subordonne toutes les dispositions testamentaires à l'institution. Ils réputent donc les légataires, les fidéicommissaires, les esclaves affranchis, représentés par l'institué, qui, en défendant ses propres intérêts, comme principal intéressé au maintien du testament, défend en même temps ceux des personnes auxquelles le défunt a fait des libéralités, et du moment, qu'il a, lui, perdu ses droits à l'hérédité, ceux qu'il représente, doivent aussi perdre les leurs : *creditur jus ex sententia judicis fieri*, c'est-à-dire que la sentence a un effet absolu, comme la loi<sup>1</sup>.

80. — Mais comme ce principe pourrait donner naissance à une collusion coupable entre l'*heres scriptus* et le légitimaire, on permet à ceux qui ont intérêt au maintien du testament, soit d'intervenir dans l'instance, soit d'interjeter appel de la sentence qui rescinde l'acte de dernière volonté. Voici le texte qui établit ce point :

*Si suspecta collusio sit legatariis inter scriptos heredes et eum qui de inofficioso testamento agit, adesse etiam legatarios, et voluntatem defuncti tueri constitutum est : eisdemque permissum est etiam appellare, si contra testamentum pronuntiatur*<sup>2</sup>.

81. — Pas de difficulté quand les legs, les fidéicommiss etc. n'ont pas été encore payés au moment où le tribunal de la Lance, rend son jugement. Ils ne seront pas exécutés, voilà tout. Mais comment les choses vont-elles se

<sup>1</sup> Loi 17, § 4, de *inof. test.* V, 2.

<sup>2</sup> Loi 29, pr. Dig. de *inof. test.* V, 2. — Loi 44, pr. Dig. de *appel.* XLIX, 1.



passer, si l'institué a déjà exécuté les libéralités au moment où le testament est déclaré inofficieux ? D'une part celui-ci ne peut pas intenter la *reivindicatio* contre les légataires, puisqu'ils ont valablement acquis la propriété d'une personne qui avait la capacité de la transmettre ; de l'autre, le testament, étant rescindé, il se trouve que l'institué a payé une chose qu'il ne devait pas et que les légataires la détiennent indûment. Dès lors ces derniers seront tenus de la *condictio indebiti*, une action personnelle fondée sur ce principe d'équité, que nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui<sup>1</sup>. A qui le donnera-t-on, est-ce à l'institué ou au *querelans* ? La question ne manque pas d'intérêt : supposez que celui qui a reçu indûment le legs ou le fidéicommis devient insolvable, cette insolvabilité sera supportée par celui qui exercera la *condictio indebiti*. Ulpien prévoit la question et s'exprime dans les termes suivants :

*Sed soluta repetuntur aut ab eo qui solvit, aut ab eo qui obtinuit, et hæc utili actione repetuntur. Fere autem si ante controversiam natam soluta sunt, qui obtinuit repetit, et ita D. Hadrianus et D. Pius rescripserunt*<sup>2</sup>. Ce sera donc tantôt l'institué, tantôt le légataire suivant cette distinction : l'héritier institué a-t-il été de mauvaise foi, en exécutant le legs ou le fidéicommis, ? c'est à lui qu'appartiendra la *condictio indebiti*, et il sera considéré comme tel, toutes les fois qu'il aura exécuté les charges dont il s'agit, *post controversiam motam*, c'est-à-dire

<sup>1</sup> Loi 66, Dig. *de cond. ind.* XII, 6 : Hæc conditio, dit Papinien, ex bono et æquo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare, consuevit.

<sup>2</sup> Loi 8, § 16. Dig. *de inof. test.* V, 2.

après que le légitimaire a intenté la *querela*. En effet, il savait bien, que si le demandeur triomphait, elles cesseraient d'être dues ; il devait par conséquent attendre l'issue du procès. Dans ce cas l'institué rendra au légitimaire qui a obtenu gain de cause, la succession y compris la représentation des valeurs employées ; seulement il pourra poursuivre le légataire par la *condictio indebiti*, et s'il ne parvient pas à rentrer dans ses déboursés, tant pis pour lui, ce sera la peine de son imprudence. — A-t-il été au contraire de bonne foi, c'est-à-dire a-t-il payé *ante motam controversiam* <sup>1</sup>, avant qu'il soit actionné par le légitimaire, comme sa qualité d'héritier lui imposait l'obligation d'exécuter les dispositions testamentaires, on ne peut rien lui reprocher : il restituera au légitimaire la succession, moins la valeur employée à ce paiement, qu'il a eu juste raison de faire ; mais il sera tenu de céder à ce dernier la *condictio indebiti*, qu'il exercera à ses risques et périls <sup>2</sup>. — Plus tard un rescrit de l'empereur Adrien rendit inutile cette cession, en accordant au légitimaire une *condictio indebiti utilis* contre les légataires et les fidéicommissaires.

**82.** — Après avoir examiné le principe qui règle le sort des dispositions testamentaires dans le cas où

<sup>1</sup> Mais il peut arriver que même dans ce cas, l'institué fut de mauvaise foi, c'est lorsque la décision du testateur, l'exhérédation était évidemment inique.

<sup>2</sup> La cession de la *condictio indebiti* s'opérait en constituant le plaignant *procurator in rem suam* : en d'autres termes, l'institué lui donnait mandat d'intenter la *condictio* comme s'il agissait dans sa propre affaire, en le dispensant, seulement, de lui rendre compte des résultats qu'il obtiendrait. — Voyez les savants chapitres de M. Accarias : de la *procuratio in rem suam* et de la cession des actions. Précis de dr. rom. t. II, p. 551, n° 640.

le *querelans* a réussi dans sa demande, j'arrive aux exceptions qu'il comporte :

1° La première se trouve dans un texte de Paul, dans lequel le jurisconsulte nous dit que les légataires ou les fidéicommissaires peuvent agir contre le légitimaire, comme si le testament n'avait pas été rescindé, toutes les fois que l'institué faisait défaut, ne se présentait pas pour répondre à la demande. On présume, dans ce cas une collusion entre lui et le réclamant <sup>1</sup>. Cette exception devait conduire au résultat suivant : l'*heres scriptus*, voyant qu'il n'avait aucune chance de gagner le procès, allait trouver les légataires ou les fidéicommissaires : « si je me présente à l'instance, leur disait-il, vos legs ou fidéicommiss ne recevront pas d'exécution, car le testament sera rescindé. Consentez à me donner une portion de vos libéralités et je m'engage à faire défaut ; par là vous conservez votre droit d'exiger du légitimaire l'acquittement des charges contenues dans le testament. » Aussi les légataires ou fidéicommissaire s'empressaient-ils d'y consentir, car mieux vaut recevoir quelque chose que rien ! On se rend compte dès lors de l'immense intérêt qu'avaient les personnes gratifiées et des offres qu'elles faisaient pour déterminer l'institué de s'abstenir ! Cette décision n'est donc pas bien raisonnable.

2° Un fragment de Paul, que j'ai déjà cité, à propos d'une autre théorie, contient une seconde exception à notre principe :

<sup>1</sup> Nam idem non probandum est, si herede non respondente, secundum præsentem judicatum sit : hoc etiam casu non creditur jus ex sententia judicis fieri et ideo libertates competunt et legata petuntur. — Lois 17, § 1 ; 18, Dig. de inof. test. V, 2. — Loi 14, § 1, de appel. XLIX, 1.

*Cum mater militem filium falso audisset, decessisse et testamento heredes alios instituisset, divus Hadrianus decrevit hereditatem ad filium pertinere: ita ut libertates et legata præstentur. Hic aliud adnotatum quod de libertatibus et legatibus adjicitur: nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet*<sup>1</sup>.

Voici l'espèce: une mère croyant, sur de faux bruits que son fils militaire est mort sur le champ de bataille, le passe sous silence dans son testament et institue des personnes étrangères; puis le fils qui n'avait été que captif, revient à Rome. L'empereur Adrien décide qu'il pourra réclamer l'hérédité par la *querela*, mais à la condition qu'il acquitterait les libertés et les legs. Pourquoi cela? Puisqu'ici l'omission n'a eu lieu que par erreur et non pas en haine de l'enfant, il est permis de supposer que la mère, le sachant vivant, l'aurait assurément institué et aurait fait les mêmes libéralités; il n'y a donc pas de raisons pour ne pas tenir compte de ses volontés.

3° Une troisième dérogation résulte d'un texte de Modestin, ainsi conçu :

*Sin autem intra quinquenium egerit, libertates non competunt. Sed Paulus ait, præstaturum fideicommissas libertates, scilicet viginti aureis*<sup>2</sup> *et in hoc casu a singulis præstandis*<sup>3</sup>. Ainsi les libertés fidéicommissaires subsistent, malgré la rescision du testament, mais à la charge pour les affranchis de payer au *querelans* vingt sous d'or, prix

<sup>1</sup> Loi 28, Dig. de inof. test. V, 2.

<sup>2</sup> Nom de l'unité monétaire de l'or à Rome sous les empereurs. Voy. Ch. Daremberg et Ed. Saglio : *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, au mot : *aureus*. Consultez : Cohen : *description historique des monnaies frappées sous l'empire romain* (1859-1862).

<sup>3</sup> Loi 9, Dig. de inof. test. V, 2.

moyen d'un esclave. Quant à la raison qui explique cette exception, elle réside dans cette idée que les affranchissements indirects ne sont pas l'œuvre du testateur seul. En effet pour de pareils actes, celui-ci se confie à la bonne foi de son héritier <sup>1</sup>; l'esclave ne deviendra libre que si l'institué, ayant fait adition, l'affranchit, et alors il ne sera pas *libertus orcinus*, mais *libertus heredis*, et aura pour patron, l'héritier.

4° Enfin une quatrième exception à notre règle, se trouve dans un fragment d'Ulpien :

*Plane si post quinquenium inofficiosum dici cœptum est, ex magna et justa causa, libertates non esse revocandas, quæ competierunt vel præstitæ sunt, sed vigenti aureos, a singulis præstandos victori* <sup>2</sup>.

Nous verrons dans le chapitre suivant, en m'occupant des causes d'extinction de la *plainte d'inofficiosité*, que cette action s'éteint par un délai de cinq ans à partir du jour de l'adition de l'hérédité. — Mais il peut se faire que le légitimaire ait été empêché *ex magna et justa causa*, d'agir dans ce délai (par exemple, le fils omis dans le testament de sa mère, n'est libéré de sa captivité qu'après l'expiration des cinq ans.) Ulpien déclare, qu'en pareil cas, le légitimaire pourra néanmoins faire tomber le testament, mais les libertés ne seront point révoquées ; seulement les affranchis devront, de même que dans l'hypothèse précédente, lui payer chacun vingt

<sup>1</sup> Lorsque l'héritier ne veut pas ensuite exécuter le fideicommis de liberté, un décret du magistrat intervient pour déclarer la liberté acquise à l'esclave. Mais alors naît la question de savoir si l'affranchi sera *libertus orcinus* ou *libertus heredis* ? Voyez pour la solution de cette question les lois 26, § 7 ; 28 §§ 4 et 5, *de fideicom. libert.* XL, 5.

<sup>2</sup> Loi 17, Dig. *de inof. test.* V, 2.



sous d'or. C'est sans doute par faveur pour la liberté qu'on admet cette exception, au principe général.

On a prétendu que le testateur avait un moyen de soustraire les legs et les fidéicommiss à l'application de la règle, qui annule les dispositions testamentaires, dans le cas où le *querelans* triomphe dans sa demande. Ce moyen consisterait dans la clause *codicillaire*. On appelle ainsi la clause par laquelle le testateur dit dans son testament que si cet acte ne vaut pas comme tel (soit parce que les formalités n'ont pas été toutes remplies, ou n'ont pas été achevées, soit parce que l'institution d'héritier n'est pas valable ou qu'elle vient à défaillir) il désire qu'il vaille comme codicille <sup>1</sup>. Cette *clausula codicillaris* est parfaitement valable <sup>2</sup>. En conséquence, le cas échéant, bien que l'acte soit nul comme testament, les legs sont maintenus, et l'institution d'héritier est considérée et traitée comme fidéicommiss universel :

*Quæ illic scripta sint*, dit Ulpien, *in causa fideicommissi erunt, non solum legata, et fideicommissa, sed et libertates et heredis institutio* <sup>3</sup>. Eh bien ! dit-on, le testateur prévoyant la possibilité d'une rescision de son acte de dernière volonté, pourrait, par la clause codicillaire charger l'héritier *ab intestat*, de payer les legs et les fidéicommiss, et assurer ainsi l'exécution de ces libéralités.

<sup>1</sup> Les termes employés étaient les suivants : « *Hoc testamentum volo esse vobis, quacumque ratione poterit* » loi 29, Dig. XXVIII, 4. — « *Ea omnia fieri volo etiam jure ab intestato* » loi 13, Dig. V, 2. — « *volo hoc etiam vice codicillorum valere* » loi 3, Dig. XXI, 1, etc.

<sup>2</sup> Voyez la constitution de Théodose II, qui forme la loi 8, § 4. Code de *codicil.* VI, 3, 6.

<sup>3</sup> Loi 12, § 1. Dig. de *injust. rupto, erroto, facto testamento* XXVII, 3.

— De plus je lis dans les *Commentaires* de Voët<sup>1</sup> que quelques interprètes hollandais la sous-entendaient dans le testament d'un ascendant, de sorte, que suivant eux, l'enfant qui aurait réussi à faire rescinder cet acte, se trouverait obligé d'acquitter les legs, les fidéicommis jusqu'à concurrence des trois quarts de la succession. Dans ce système le légataire était subrogé purement et simplement au lieu et place de l'institué.

Cette opinion n'est guère soutenable et il m'est très facile de le démontrer. — Pour que la déclaration du défunt soit valable, il faut qu'elle réunisse au moins toutes les conditions requises pour la validité d'un codicille, ce qui résulte de la constitution de Théodose que j'ai citée ; or Marcien nous dit *codicillos is demum facere potest qui et testamentum facere potest*<sup>2</sup>, il exige, en d'autres termes, du decujus qu'il ait la *factio testamenti*. Cela étant, lorsque le juge déclare que le testament est inofficieux, il reconnaît que le testateur n'a pas été sain d'esprit, qu'il n'a pas eu la *factio testamenti* au moment de sa confection ; or, la clause codicillaire étant écrite en même temps que l'acte auquel elle s'ajoutait, elle doit être dès lors annulée par le même motif. C'est ce que Cujas faisait déjà observer<sup>3</sup>. D'ailleurs je citerai un texte de Scævola qui confirme tout ce que je viens de dire :

*Titia filiam heredem instituit, filio legatum dedit, eodem testamento ita cavit ea omnia, quæ supra dari fieri jussi, ea dari, fieri volo ab intestato ab omne herede, bonorumve possessore qui mihi erit etiam jure ob intestato. Item quæ dari jussuero ea uti dentur, fiantque fidei ejus committo. Quæ-*

<sup>1</sup> Voët, *Com. ad. Pand. de inof. test.* n° 42.

<sup>2</sup> Loi 6, § 3. *de jure codicil.* XXIX, 7.

<sup>3</sup> Cujas, *Recit sol. ad tit. de lege. III, Dig. XXXII, ad leg. 26.*

*situm est si soror centumvirali judicio obtinuerit, an fideicommissa ex capite supra scripto debeantur? Respondi: si hoc quærat an jure eorum quos qui sibi ab intestato heredes, bonorum possessores uccessuros credat, fideicommissere posse. Paulos notat: probat autem nec fideicommissa ab intestato data deberi, quasi a demente<sup>1</sup>.*

83. — J'ai dit qu'une fois le testament rescindé, le *querelans* victorieux se trouvera investi de la succession. Mais restera-t-il toujours en possession de l'hérédité? Oui, à la condition qu'il soit le premier dans l'ordre des successeurs *ab intestat*. — Si le plaignant n'est pas en ordre utile pour succéder, et que le défendeur, soit par négligence, soit par une trop grande confiance dans l'injustice de sa demande, ne lui a pas opposé ce moyen le juge ne pouvant pas y suppléer, lui adjugera le bénéfice de sa demande. Mais sa victoire profitera à ceux qui ont droit de recueillir l'hérédité *ab intestat*, malgré la maxime : *res inter alios acta, aliis non prodesse potest* et ils la lui réclameront par la pétition d'hérédité.

*Si quis, dit Ulpien, ex his personis, quæ ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit (nemo enim eum repellit) et casu obtinuerit, non ei prosit victoria, sed his, qui habent ab intestato successionem: nam intestatum patrem familias facit<sup>2</sup>.*

On pourrait peut-être se demander si le *querelans* qui se trouve ainsi évincé par un successible *ab intestat* qui lui est préféré par suite de son rang, n'aurait pas le droit d'opposer à ce dernier le moyen de défense tiré de ce que l'exhérédation était juste à son égard. Mais il faut remarquer que cette exception est essentiel-

<sup>1</sup> Scævola, loi 13, Dig. de inof. test. V, 2.

<sup>2</sup> Loi 6, § 1. Dig. de inof. test. V, 2.

lement personnelle à l'héritier institué et ne peut être invoquée que pour assurer l'exécution des dispositions testamentaires: or, il n'en est pas ainsi lorsque c'est le *querelans* triomphant qui défend la succession *ab intestat* contre l'action d'un autre successible *ab intestat*: on ne comprendrait pas que le testament, une fois rescindé, pût produire un effet, et on comprendrait encore bien moins que celui qui précisément a fait rescinder cet acte, pût être admis à l'invoquer pour se défendre.

## SECTION III

**Résision partielle du testament.**

SOMMAIRE : 84. Des cas où le testament est rescindé partiellement. —

85. Explication de la loi *Mater decedens* (l. 19, Dig. de inof. test.) —

86. Effets de la rescision partielle.

84. — La *querela* n'entraîne pas toujours une rescision complète du testament. Il est des hypothèses, dont un grand nombre sont prévues par les textes, dans lesquelles et l'institution d'hériter, et les autres dispositions testamentaires pourront être exécutées au moins en partie. Ces restrictions à la rescision totale du testament découlent des deux idées suivantes 1° le *querelans* ne peut avoir plus que la part qui lui reviendrait comme héritier *ab intestat*. 2° qu'il ne peut rien enlever à l'*heres scriptis* au delà de la quotité pour laquelle il y a inofficiosité.

Je vais parcourir quelques-unes de ces hypothèses :

a) Un testateur institue deux *extranei*, dont l'un est une personne honorable, *persona honesta*, l'autre une *persona turpis*, et passe sous silence son frère. Celui-ci n'a droit

à la *querela*, on se le rappelle, qu'autant que l'institué ne jouit pas d'une *integra æstimationis* ; par conséquent, en exerçant la *plainte d'inofficiosité*, il ne triomphera que contre l'un des institués. La sentence du tribunal centumviral, ne rescindera le testament que dans la mesure dans laquelle l'*officium pietatis* n'a pas été observé, c'est-à-dire que pour moitié ; le frère recueillera cette moitié comme héritier *ab intestat*, tandis que l'autre moitié restera à l'institué, contre lequel il n'a pas agi et qui la conservera en vertu du testament, comme héritier testamentaire ; donc le défunt sera réputé mort *partim testatus, partim intestatus*.

*Circa inofficiosi querelam invenire plerumque adsolet*, dit Ulpien, *ut in una atque eadem causa diverse sententiæ proferantur ; quid enim, si fratre agente, heredes scripti, diversi juris fuerunt ? quod si fuerit, pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videtur*<sup>1</sup>.

b) Papinien cite le cas où un fils entendant la *querela* contre deux *extranei* institués, gagne son procès contre l'un et perd contre l'autre. Le plaignant sera héritier *ab intestat* pour moitié, et l'institué qui n'a pas succombé héritier testamentaire pour l'autre. — Pour expliquer dans cette espèce de Papinien ce résultat qui ne paraît pas absurde au jurisconsulte, on peut supposer que l'un des *heres scripti* a invoqué pour sa défense des arguments décisifs, tandis que l'autre a négligé de les présenter<sup>2</sup>.

c) La loi 29, pr. Dig. *De except. rei. jud.* XLIV, 2, suppose deux enfants exhérédés en présence d'un *extraneus* institué. Il est possible que tous les deux agissant, l'un

<sup>1</sup> Loi 24, Dig. *de inof. test.* V, 2.

<sup>2</sup> Loi 15, § 2. *de inof. test.* V, 2.



triomphe et l'autre échoue, cela si l'exhérédation paraît inique à l'égard de l'un et fondée à l'égard de l'autre.

d) Un testateur ayant deux fils, *Primus et Secundus*, institue le premier et exhérède sans juste cause le second. *Secundus*, intentant la *plainte d'inofficiosité*, et triomphant, n'obtiendra qu'une moitié de l'hérédité, le testament n'étant rescindé que pour moitié, et l'autre moitié restera entre les mains de l'institué à titre de succession testamentaire.

85. — Une mère, en mourant, laisse deux filles, l'une omise, l'autre instituée pour un quart, puis un *extraneus* institué pour le surplus. — La fille omise exerce la *querela*. Quels vont en être les effets ? — Cette hypothèse est prévue par la loi 16<sup>1</sup>, la loi *Mater decedens* citée par Duaren parmi les *leges damnatæ* : En voici les termes :

*Mater decedens extraneum ex dodrante heredem instituit, filiam unam ex quadrante, alteram præterit, hæc de inofficioso egit, et obtinuit : quæro, scriptæ filiæ quomodo succurrendum sit ? Respondi : filia præterita id vindicaret debet, quod intestata matre habitura esset. Itaque dici potest eamquæ omissa est, etiamsi totam hereditatem ab intestato petat et obtineat, solam habituram universam successionem, quemadmodum si ultra omisisset legitimam hereditatem. Sed non est admittendum, ut adversus sororem audiat agendo de inofficioso. Præterea dicendum est, non esse similem omittenti eam quæ ex testamento adiit, et ideo ab extraneo semissem vindicandum : et defendendum, totum semissem esse auferendum, quasi semis totus ad hanc pertineat. Secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur : licet quasi furiosæ judicium ultimum ejus damnetur. Cæterum si quis putaverit filia obti-*

<sup>1</sup> Loi 19, Dig. de inof. test. V, 2.

*nente, totum testamentum infirmari, dicendum est, etiam institutam ab intestato posse adire hereditam: nec enim quæ ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam (quidem) rescit sibi deferri: cum et hi, qui sciant, jus suum eligentes id quod putant sibi competere, non admittant: quodevenit in patrono, qui iudicium defuncti, falsa opinione motus, amplexus est: is enim non videtur bonorum possessionem contra tabulas repudiasse. Ex quibus apparet, non recte totam hereditatem præteritam vindicare: cum resciso testamento, etiam institutæ saluum jus sit adeundæ hereditatis.*

Il existe, en droit romain, deux théories, sur la question de savoir, quels vont être, dans notre hypothèse, les effets de la *plainte d'inofficiosité*. L'une, qui paraît bien être celle de Paul, ne permet à la fille omise d'intenter la *querela* que contre l'institué étranger à la famille, ce qui entraînera une rescision partielle du testament; l'autre, lui permet de l'exercer même contre la sœur instituée, et de faire rescinder le testament tout entier.

Voici les considérations que l'on fait valoir en faveur de la première théorie. Le testament n'est inofficieux qu'en partie; conforme à l'*officium pietatis* en tant qu'il donne satisfaction aux légitimaires institués, il ne cesse de l'être que par l'empiétement des institutions sur la part du légitimaire omis ou exhéredé. La fille omise ne peut revendiquer l'hérédité que dans la mesure de la part qu'elle aurait prise dans la succession *ab intestat*, cette part est de moitié de la succession. Pour se procurer cette moitié, il n'est pas nécessaire de toucher à l'institution faite au profit de la sœur; car cette institution n'est pas même égale à la part de cette der-

nière dans la succession légitime ; il suffit de réduire à trois douzièmes l'institution de l'étranger. Telle est l'opinion de Paul : il résulte de là, que par suite de la rescision partielle du testament, la fille omise enlèvera à l'étranger une moitié de la succession (deux quarts) à titre d'héritière légitime. Mais que deviendra, dans cette théorie le quart dévolu à l'*extraneus* et auquel, la *querelans* ne prétend pas ? — Paul, dans la loi 19, n'en fixe pas l'attribution ; de là une controverse parmi les interprètes du droit romain. Des auteurs considérables l'attribuent à la fille instituée, de sorte que celle-ci cumulera dans sa personne deux qualités diverses d'héritier : héritière testamentaire pour un quart, héritière *ab intestat* pour un autre. — Cette manière de voir est autorisée par les Basiliques :

Κατὰ τοῦ ἐξωτικοῦ μόνον κινεῖ ὁ παραμεκηδὲς, καὶ λαμβάνει τὰς ἐξ οὐγκίας, καὶ εὐρίσκεται ἡ τελευτήσασα καὶ ἐκ διαθήκης καὶ ἐξ ἀδιαθέτου κληρονομουμένη συντρέχει, γὰρ αὐτῷ ἐξ ἀδιαθέτου ὁ γεγραμμένος κληρονόμος αὐτοῦ ἀδελφὸς καὶ λαμβάνει τὰς ἐτέρας τρεῖς οὐγκίας <sup>1</sup>. Trad : *Adversum extraneum solum agit præteritum et consequitur semissem, atque ita defunctæ et ex testamento et ab intestato succeditur. Concurrit enim cum eo ab intestato frater ejus heres scriptus et accepit reliquum quadrantem* <sup>2</sup>.

L'opinion de ces auteurs n'est pas conforme à la logique : en effet, l'héritier pour trois quarts perdra plus que son adversaire ne demande et ne peut obtenir, à savoir la moitié ! une personne restée en dehors du procès tirera avantage de la sentence, et obtiendra ce qu'elle ne demandait pas, ce qu'elle n'avait pas le droit de ré-

<sup>1</sup> Les Basiliques, éd. Heimbach, t. IV, p. 21.

<sup>2</sup> Cujas, *Comm. in lib II, quæst Pauli*. — Accarias. *Précis de dr. rom. t. I, p. 899*. — Demangeat. *Cours de dr. rom. t. I, p. 751*. — Machelard : *Dissertations de droit. fr. et rom. p. 624*.

clamer <sup>1</sup>. — Dans une autre opinion, on décide que le quart doit rester à l'étranger institué. On fait remarquer que la même personne ne saurait venir à une succession tout à la fois comme héritière testamentaire et comme héritière *ab intestat*. De plus l'effet logique de la *querela* n'est-il pas de faire obtenir à la fille omise ce qu'elle aurait eu si sa mère n'avait pas testé? Or, cette part n'eût été que de la moitié de l'hérédité. Le testament reste donc valable pour le quart restant, et l'étranger conserve ce quart en vertu de l'institution. Enfin Paul n'aurait certes pas passé sous silence cette attribution du quart à la fille inscrite, puisque, d'après la loi 19, il ne s'occupe que des intérêts de cette dernière. Si au contraire le quart reste à l'étranger, il est tout naturel que Paul n'ait pas envisagé cette face de la question.

Cette première théorie, suivant laquelle la fille omise ne pourrait faire rescinder le testament que partiellement, n'est pas conforme aux principes de la *querela*, à la fiction qui fait regarder le testateur *quasi non sanæ mentis* et qui aboutit à lui refuser la capacité de tester. — En outre, elle est contraire à l'équité. Les deux filles n'ont démerité ni l'une, ni l'autre; celle qui jouissait de l'estime du père de famille, sera moins bien traitée que celle contre laquelle le père avait des griefs, qui n'ont pas été jugés assez graves par les Centumvirs, car tandis que la première acquittera dans la mesure de la loi Falcidie les legs contenus dans le testament, l'autre recueillera sans aucune charge sa part héréditaire *ab intestat*.

<sup>1</sup> M. Labbé. Appendice sur les dissertations de Machelard, p. 638.

La seconde théorie qui permet à la fille omise de faire rescinder, au contraire, le testament pour le tout, présente les considérations suivantes<sup>1</sup> : En principe un testament jugé inofficieux doit tomber pour le tout, comme émanant d'une personne dépourvue de la raison que suppose le droit privilégié de faire un testament. Il ne faut pas mesurer l'inofficiosité à l'étendue de la part héréditaire que réclame le plaignant. Lorsque celui-ci a des colégitimaires qui ne se plaignent point parce qu'ils ont été institués, il ne réclame qu'une part, mais pour y arriver, il soutient que le testament est inofficieux, ce qui n'admet pas de restriction et de partie. Il s'ensuit que la *querela* doit régulièrement être intentée contre les héritiers institués, même contre les légitimaires institués, la sentence aura effet à l'égard de tous. Lorsque la violation de *l'officium pietatis* reconnue à l'égard de l'un des enfants dépasse dans ses effets la part à laquelle cet enfant, seul autorisé à se plaindre, peut prétendre, c'est que l'inofficiosité est un vice du testament entier, c'est qu'elle existe à l'égard de tous les légitimaires. Tout doit crouler, même l'institution écrite au profit de l'un de ces légitimaires. Le testateur n'a pas fait preuve de sagesse et d'impartialité ; il n'a pas mérité l'honneur de régler la dévolution de son hérédité.

Paul nous apprend que dans l'espèce prévue par la loi 49, la fille omise avait revendiqué toute l'hérédité et avait réussi. Le jurisconsulte repousse cette décision et cherche à prouver que quelle que soit la théorie que l'on admette sur les effets de la *querela* dans notre hypothèse, la plaignante ne doit recueillir que la moitié

<sup>1</sup> M. Labbé. Appendice sur les dissertations de Machelard, p. 639, et suiv.



de la succession. Adopte-t-on la première théorie? la fille omise, ne pouvant intenter la *plainte d'inofficiosité* que contre l'*extraneus*, ne pourra obtenir que sa part héréditaire *ab intestat*, c'est-à-dire la moitié. Adopte-t-on la seconde théorie? le testament étant rescindé en entier, on se trouve en présence de la succession légitime, et les deux sœurs se la partageront par moitié. Si l'on objecte que la fille, instituée pour un quart, devra rester étrangère à la succession, de même que si elle a omis de se porter héritière, le jurisconsulte écarte l'objection, en faisant observer que l'on ne peut considérer comme renonçant à l'hérédité, la personne qui a fait adition en vertu d'un testament<sup>1</sup>.

Dans les différentes hypothèses que je viens de parcourir, le succès de la *querela* aboutit à faire réputer le défunt partie testat, partie intestat. Mais ce résultat n'est-il pas contraire à la règle suivant laquelle une hérédité n'est pas déferée tout ensemble à des héritiers légitimes et à des héritiers testamentaires, règle que les Institutes expriment ainsi<sup>2</sup> : *idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere non potest*? Non, et Papinien déclare que *nec absurdum videtur pro parte intestatum videri*<sup>3</sup>. Mais alors comment doit-on l'expliquer? Deux explications ont été données sur ce point :

*Première explication.* La règle *idem ex parte testatus...* est fondée sur la logique et la raison, en ce sens que le testateur ne peut y dévoyer dans le testament; mais si

<sup>1</sup> Voyez sur l'explication de la 49, de *inof. test* : Bluntschli, *Entwicklung der Erbfolge* p. 204. — Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten.* p. 425. — Francke *Das Recht der Notherben*, p. 232. — Vangerow : *Lehrbuch der Pandekten*, t. II, p. 267, § 479.

<sup>2</sup> Institutes, *Lib. II, tit. 24, de her. inst.* § 5.

<sup>3</sup> Papinien, loi 45, § 2. de *inof. test.* V, 2.

*ex post facto*, pour un motif indépendant de la volonté du testateur, la succession est dévolue et à des héritiers testamentaires et à des héritiers *ab intestat*, il n'y a pas la violation de la règle. « Absurdum autem non est, dit Cujas, testatum ex post facto pro parte intestatum fieri. Aliud est esse, aliud videri; aliud decedere pro parte intestatum ab initio, aliud postea decessisse videri<sup>1</sup>.

*Deuxième explication.* Si la règle *Idem ex parte testatùs...* a pour fondement la logique et la raison, comme le dit Pomponius, elle ne saurait être violée ni dans le testament, ni après coup. — Toutes les décisions de rescision partielle se réfèrent à l'autorité de la chose jugée : *Res judicato pro veritate habetur*. Or, c'est là une règle d'ordre public, qui doit l'emporter sur la règle *Idem ex parte testatus*<sup>2</sup>.

**86.** — Je passe aux effets de la rescision partielle d'un testament inofficieux.

Quels sont-ils? Les voici : Le *querelans* devient le cohéritier de l'institué, c'est-à-dire copropriétaire par indivis des biens de la succession, et comme tel, il peut demander la cessation de l'indivision, le partage, soit par voie amiable, soit en recourant à l'action *familiæ erciscundæ*. — Les dettes et les actions se divisent de plein droit, proportionnellement à la part qu'ils prennent dans la succession ; donc il pourra poursuivre les débiteurs du défunt, et être à son tour poursuivi par les créanciers de l'hérédité jusqu'à concurrence de sa part. — Tout ceci est très bien exposé par Papinien :

<sup>1</sup> Cujas, *Com. ad Pap. quæst. lib. XIV, ad leg. 15, § 2 de inof. test.* Voyez aussi Pothier *Pand. in nov. ord. t. III, de inof. test. n° XXXIX, n. 3 et 4* — Vernet, *op. cit. p. 154.*

<sup>2</sup> Machelard. *Dissertation de dr. rom. et fr. p. 620.*

*Filius qui de inofficiosi tulit et unum vicit, ab altero superatus est, ut debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest, et corpora vindicare, et hereditatem dividere : verum enim est familiæ eriscundæ judicium competere*<sup>1</sup>. Quant aux dispositions testamentaires, legs, fidéicomis, le jurisconsulte ne s'en occupe pas : ce sont là des charges du testament, qui doivent être exécutées par celui qui recueille la succession en vertu d'un pareil acte, or le légitimaire victorieux arrive à l'hérédité en sa qualité d'héritier *ab intestat* ; à son égard l'acte de dernière volonté n'existe pas. En conséquence les legs et les fidéicomis ne devront être supportés que par l'héritier testamentaire ; ils seront donc réduits — si les choses sont divisibles — et exécutés en proportion de la part héréditaire qui est acquise au *querelans*.

*Pro ea parte, qua resolutum est testamentum ; cum jure intestati, qui obtinuit succedat, neque legata, neque fideicommissa debentur ; quamvis libertates et directæ competunt et fideicommissariæ præstari debeant*<sup>2</sup>.

Le résultat obtenu sera tout différent lorsque le testament, rescindé pour partie, renferme des legs de choses indivisibles, par exemple, une servitude prédiale ou des affranchissements. En ce qui touche les servitudes, de deux choses l'une : ou bien le légitimaire consent à leur établissement, et alors il doit recevoir du légataire une indemnité proportionnelle à sa part héréditaire dans la valeur de la servitude ; (si le légataire refuse cette offre, il sera repoussé par une exception *doli mali*<sup>3</sup>) ou bien le légitimaire s'oppose à la constitution de la

<sup>1</sup> 15 § 2. Dig. de inof. test. V, 2.

<sup>2</sup> Loi 13, Code inof. test. III, 28.

<sup>3</sup> Loi 76, pr. Dig. de leg. 2<sup>o</sup> XXXI.

servitude, et alors c'est à lui à payer au légataire la valeur estimative à la portion pour laquelle son droit n'est pas annulé. Quant aux affranchissements, comme il est impossible d'acquérir la liberté pour partie, par faveur, on les maintient intégralement, à la charge pour les esclaves affranchis de rembourser au *querelans* la valeur du droit qu'il aurait eu sur eux.

*Nam et cum alterum ex coheredibus inofficiosi quæstio tenuit*, dit Papinien, *aut etiam duobus separatim agentibus, alter obtinuit, libertates competere placuit. Ita tamen, ut inofficioso judicis indemnitati victoris, futurique manumissionis consulatur*<sup>1</sup>.

La substitution pupillaire, étant liée au sort du testament paternel, devient inefficace, lorsque le testament se trouve rescindé totalement par la *querela*; mais il suffit que l'institution produise le moindre effet pour que la substitution demeure valable; elle subsiste donc, dans le cas d'une rescision partielle. Ceci résulte de la loi 8 d'Ulpien § 5 de *inof. test.* (v. 2) et de la loi 31 pr. de *vulg. et pap. subst.* (28, 6, Dig).

Cujas pense que la même décision doit s'appliquer à la nomination d'un tuteur, contenue dans le testament inofficieux<sup>2</sup>.

Je n'ajoute plus qu'un mot. Lorsque celui qui intente la *querela* et parvient à faire rescinder le testament partiellement, n'est pas en ordre utile pour succéder, il n'a pas à craindre que des héritiers *ab intestat* les plus proches, puissent, comme dans le cas d'une rescision totale, lui enlever l'hérédité. Cela se conçoit aisément :

<sup>1</sup> Loi 29, pr. de *excep. rei judi.* XLIV, 2.

<sup>2</sup> Cujas, *Comm. ad Papin. quæst. lib. XIV, ad leg. 15 § 2. de inof. test. V, 2.*

pour que la succession légitime s'ouvre, il faut qu'il n'y ait pas de testament ; or, dans notre hypothèse, cet acte, quoique rescindé, ne subsiste pas moins en partie ; donc les héritiers les plus proches ne profiteront pas de la rescision obtenue par un parent plus éloigné, et subiront ainsi la peine de leur négligence. Ulpien s'exprime ainsi :

*Si quis, cum non possit de inofficioso queri, ad querelam admissus, pro parte rescindere testamentum tentet, et unum sibi heredem eligat contra quem inofficiosi querelam instituat, dicendum est quia testamentum pro parte valet, et præcedentes eum personæ exclusæ sunt, cum effectum eum querelam instituisset*<sup>1</sup>.

#### SECTION IV

#### De l'accroissement dans la querela inofficiosi testamenti.

SOMMAIRE : 87. Hypothèses dans lesquelles a lieu le droit d'accroissement. — 88. Objection contre le droit d'accroissement, réfutation. — 89. Explication de ce droit. — 90. De la preuve qui incombe au *querelans* qui prétend au *jus accrescendi*.

**87.** — Deux fils sont exhérédés sans justes causes ; sans aucun doute la *querela* appartient à chacun d'eux et ils pourraient unir leurs efforts pour faire tomber le testament et profiter ensemble de la succession légitime. Un seul, cependant, exerce l'action, l'autre y renonce soit par des raisons de respect pour les volontés du défunt, soit par crainte du procès. Le succès obtenu par le légitimaire qui a usé de la plainte, se bornera-t-il à lui faire acquérir la part qu'il aurait eue si la succes-

<sup>1</sup> Loi 25, § 1. de inof. test. V, 2.



sion se fût ouverte *ab intestat* au profit de ces deux fils, ou bien pourra-t-il prétendre que la part dédaignée par celui qui pouvait l'imiter, doit lui revenir, de manière à ce que les choses se passent comme s'il était seul héritier légitime? autrement dit, y a-t-il un droit d'accroissement dans la *querela inofficiosi testamenti*?

Les textes prévoient cette question et la résolvent affirmativement sans la moindre hésitation. Les textes auxquels je fais allusion sont les lois 17 et 23 § 2. Dig. de *inof. test.* V. 2.

La loi 17 est ainsi conçue :

*Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his, qui eandem querelam movere voluerunt...* La présence du légitimaire renonçant n'est donc pas prise en considération quand il s'agit pour son colégitimaire de réclamer l'hérédité *ab intestat*, son existence ne diminue pas d'une part les droits de celui qui agit.

Dans la loi 23 § 2, Paul s'exprime de la manière suivante :

*Si duo sint filii exheredati, et ambo de inofficioso testamento egerunt, et unus postea constituit non agere, pars ejus alteri adcrescit. Idemque erit et si tempore exclusus sit.* Paul, supposant que deux fils exhérédés ont exercé la *querela*, mais qu'ensuite l'un d'eux se désiste, décide que la part de ce dernier accroîtra celle du premier. Il en serait de même, dit-il, dans le cas où l'un des fils aurait laissé écouler le délai fixé pour intenter cette action. Nous verrons qu'un délai de cinq ans est accordé aux légitimaire pour l'exercice de la *plainte d'inofficiosité*. Il faut donc supposer que le légitimaire qui prétend à l'accroissement, ayant attendu pour agir une époque voisine de

l'expiration des cinq années, ce délai prend fin durant l'instance avant que les autres cohéritiers aient fait aucune diligence pour conserver leurs droits.

Les textes sont muets sur le point de savoir s'il y avait lieu à l'accroissement au cas de décès d'un des légitimaires. La question est, en général, résolue affirmativement par les auteurs <sup>1</sup>.

Ainsi, lorsqu'il se trouve un ou plusieurs parents au même degré que celui qui a demandé et fait rescinder le testament, ce dernier recueillera, par voie d'accroissement, la totalité de l'hérédité, si ses cohéritiers ont renoncé expressément à la *querela* ou laissé expirer le délai dans lequel elle doit être intentée, ou abandonné l'instance, ou sont décédés. Autrement, si au moment où l'un d'eux agit, les autres n'ont pas renoncé ni expressément, ni tacitement, mais gardent simplement le silence, le bénéfice de la rescision appartiendra tout aussi bien aux légitimaires qui n'ont pas agi, qu'à celui qui s'est plaint. Après la sentence d'inofficiosité, le père de famille, étant réputé mort *intestat*, tous les légitimaires viendront, à la succession, en concours avec le *querelans*, et chacun aura le droit de réclamer à l'héritier institué, une part de l'hérédité par la *petitio hereditatis*. Ceci est dit dans la seconde partie de la loi 23 § 2 :

*Unde si de inofficioso testamento patris, alter ex liberis exheredatis ageret, quia rescisso testamento, alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, et ideo universam hereditatem non recte vindicasset; hic, si obtinuerit, uteretur rei judicate autoritate; quasi centumviri hunc solum filium in rebus humanis essenunc, cum facerent intestatum, crediderint.*

Pas de droit d'accroissement non plus, lorsque de

<sup>1</sup> Machelard, *Dissertations de dr. fr. et rom.* p. 623.

deux fils exhérédés, l'un triomphe dans la *querela* et l'autre succombe. Le *querelans* victorieux ne saurait élever la prétention de réunir à la part héréditaire qu'il recueille *ab intestat*, la part de son frère. Il échouerait à raison de l'autorité de la chose jugée ; principe appliqué dans cette situation par Papinien loi 29 pr. *de except. rei jud.* Comment songer à un *jus accrescendi* quand il est judiciairement constaté que le droit qu'on voudrait réunir au sien n'existe pas <sup>1</sup>.

88. — On fait, au droit d'accroissement dans la *querela*, une objection tirée de la loi 8 § 8 d'Ulpien (*de inof. test.*) *Si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeco sed dimidiam petere.* — Mais cette loi ne s'occupe pas du *jus accrescendi* : elle tranche la question de savoir si, pour fixer la quotité de la légitime que chaque enfant devra avoir reçu pour être exclu de la *plainte d'inofficiosité*, il faut tenir compte du renonçant, et elle répond affirmativement ; dès lors l'objection tombe d'elle-même.

89. — Comment le droit d'accroissements s'explique-t-il dans notre action ? La *querela* est une espèce de pétition d'hérédité ; dès lors comme il s'agit d'une *petitio hereditatis*, comme à cette action les ayants droit sont appelés conjointement et chacun *in solidum*, les parts répudiées ou perdues par les uns sont acquises à ceux qui ont triomphé, comme s'ils étaient seuls vivant, et les renonçants n'étant pas comptés, il y a accroissement ou mieux encore non décroissement <sup>2</sup>.

90. — Suffira-t-il au *querelans*, qui prétend à ce droit, de prouver qu'en ce qui le concerne, l'exhérédation est

<sup>1</sup> Machelard, *op. cit.* p. 620.

<sup>2</sup> Boissonade, *Histoire de la réserve hered.* p. 107.

imméritée, ou devra-t-il encore, pour profiter de la part de son colégitimaire, qui a renoncé à agir, justifier qu'à l'égard de celui-ci l'exhérédation était également injuste? M. Machelard qui pose cette question dans sa savante dissertation sur le droit d'accroissement dans la *querela*<sup>1</sup> estime que le fils devra faire la preuve que son frère a été injustement exhérédé et que l'héritier institué aura la faculté d'écarter l'application du *jus accrescendi*, s'il avait pour effet d'anéantir une exhérédation justement prononcée: « L'institué, dit-il, par suite de la volonté du  
« défunt régulièrement exprimée, est investi de tout ce  
« qui est enlevé aux exhérédés ; et cette volonté doit être  
« observée, jusqu'à ce qu'il soit prouvé que le testateur  
« n'avait pas de motifs, pour s'écarter des inspirations  
« de la pitié paternelle. Cette preuve doit être faite à  
« l'égard de tous ceux qui ont été frappés par des exhé-  
« rédations, aucune d'entre elles ne pouvant être présu-  
« mée inique. L'héritier institué reste dans le rôle qui  
« lui appartient, en essayant de sauver l'ensemble des  
« dispositions testamentaires ; puisque le défunt l'a  
« choisi pour représentant, il lui a donné mission d'as-  
« surer les effets de toutes ses volontés dernières. C'est  
« au demandeur dans la *querela* que doit s'adresser le  
« reproche de s'immiscer dans les affaires d'un autre, de  
« prendre souci de venger l'honneur qui n'est pas le  
« sien. Il aspire à tirer parti de l'offense commise, dit-il,  
« envers son colégitimaire ; à lui d'établir que cette of-  
« fense existe en réalité. — On évitera ainsi le grave in-  
« convénient d'annihiler par voie d'induction, une dé-  
« claration qui doit être supposée dictée par des motifs  
« sérieux. »

<sup>1</sup> P. 631, et suiv.

## CHAPITRE SIXIÈME

### DES MODES D'EXTINCTION DE LA QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI

Le droit d'intenter la *querela inofficiosi testamenti*, étant né au profit d'une personne, est susceptible de se perdre par suite de l'un des trois faits suivants : 1° la renonciation expresse ou tacite : 2° l'expiration d'un délai déterminé, 3° la mort de celui auquel elle appartient.

Je diviserai ce chapitre en trois sections, ayant chacune pour objet l'examen de l'une de ces trois causes d'extinction.

#### SECTION I

##### **De la renonciation à la querela.**

SOMMAIRE : 91. De la renonciation expresse. — Des conditions auxquelles elle est soumise. — 92. De la transaction intervenue entre l'institué et le légitimaire. — Des droits qui en résultent et de leur sanction. — 93. De l'effet de la transaction à l'égard des tiers. — 94. — De la renonciation tacite. — Des faits qui la font présumer. — 95. De la fraude de l'exhérédié.



91. — La renonciation à la *querela* peut être expresse ou tacite. Celle expresse peut être faite à son tour purement et simplement ou moyennant un avantage (*aliquo accepto*) ; dans ce dernier cas, elle a le caractère d'une transaction. — Je subdiviserai donc cette section en trois paragraphes : dans le premier je dirai un mot de la renonciation expresse pure et simple ; dans le second, je traiterai de la transaction intervenue entre l'institué et le légitimaire, dans le troisième, je m'occuperai de la renonciation tacite.

A. *De la renonciation expresse pure et simple.* Il faut qu'elle soit faite en termes très clairs, qui ne laissent place à aucun doute ; peu importe qu'elle soit orale ou écrite. Ainsi Paul suppose que la renonciation a été apposée sur le testament, et la déclare valable : *Quid ergo, si alias voluntatem testatoris probaverim ? puta in testamento adscripserim post mortem patris consentire me ? Repellendus sum ab accusatione*<sup>1</sup>.

Mais elle est soumise, quant à sa validité, à deux conditions : en premier lieu le renonçant doit être une personne capable, car ce n'est qu'alors qu'elle lie celui qui l'a consentie ; émanée d'un mineur de vingt-cinq ans, l'institué courrait le risque de voir la renonciation rescindée par *l'integrum restitutio*<sup>2</sup>. En second lieu, elle doit intervenir après le décès du testateur ; intervenue de son vivant, entre lui et le légitimaire, pour enlever la *querela* à ce dernier, elle n'aurait aucune efficacité, aucune valeur. La raison en est que le légitimaire n'a pas alors toute l'indépendance, toute la liberté voulue, il est influencé, contraint peut-être ; aussi le protège-t-on par

<sup>1</sup> Loi 34, § 4. Dig. de *inof. test.* V, 2.

<sup>2</sup> Loi 8, § 1. Code, de *inof. test.* III, 28.

la nullité du pacte conclu. Il en est ainsi, alors même qu'il aurait reçu pour prix de sa renonciation, soit une donation, soit une dot. J'ai cité et reproduit, à propos d'une autre question, les textes qui démontrent ce point<sup>1</sup>.

92. — B. *De la transaction*. Je suppose qu'après le décès du père, le fils, injustement exhérédé intente la *querela*; mais au lieu d'attendre la fin du procès, il préfère transiger avec l'institué et renonce à son action, moyennant l'abandon d'une partie de l'hérédité, ou bien moyennant le payement d'une somme d'argent, ou bien encore moyennant le transfert de la propriété d'une chose quelconque. La transaction n'était pas classée à Rome, parmi les contrats nommés; elle était un *nudum pactum*, ne donnant pas naissance à une action, mais à une exception appelée *pacti conventi*. Il résulte de là que si l'héritier institué a exécuté de son côté la convention, et que le légitimaire, ne voulant pas ensuite s'y conformer, exerce la *plainte d'inofficiosité*, le premier pourra le repousser par l'exception *pacti conventi*. Mais il peut aussi prendre un parti: laisser l'instance suivre son cours, sauf à demander ensuite, par la *condictio ob rem dati, re non secuta*, la restitution de la prestation qu'il lui a fournie en vertu de la transaction; car autrement le légitimaire s'enrichirait sans cause à son détriment.

Si les parties, en transigeant, ont employé, pour éteindre la *querela*, la stipulation aquilienne<sup>2</sup>, suivie

<sup>1</sup> Paul, *Sent.* Lib. IV, tit. V, § 8. — Loi 16, Dig. *de suis et legit* XXXVIII, 16. — loi 3, Code, *de coll.* VI, 20. — Loi 35, § 1. Code *de inof. test.* III, 28.

<sup>2</sup> La stipulation aquilienne était une formule imaginée par Aquilus Gallus, collègue et ami de Cicéron par laquelle les parties ramenaient

d'acceptilation, l'institué n'a plus rien à craindre, car par là la *querela* étant éteinte de plein droit, *ipso jure*, le légitimaire se trouve dépourvu de tout moyen judiciaire pour arriver à la succession. — Si l'institué a consenti à abandonner toute l'hérédité à l'héritier du sang, à la condition que celui-ci lui donnerait soit une somme d'argent soit une chose, il aura pour le contraindre à remplir ses obligations, ou l'action *ex stipulatu*, au cas où une stipulation serait intervenue, ou l'action *præscriptis verbis*, dans le cas contraire<sup>1</sup>.

Je n'ai parlé, jusqu'à présent, qu'en me plaçant au point de vue de l'institué; je vais me placer maintenant au point de vue des droits du légitimaire et supposer (l'espèce restant la même) que c'est l'héritier inscrit qui ne veut pas transférer la propriété de la chose ou payer la somme convenue, en d'autres termes, exécuter la transaction. Quelle va être la situation du légitimaire, du fils, dans mon hypothèse? Si les parties se sont bornées à faire un simple pacte, il ne pourra pas en deman-

à une obligation unique toutes les obligations qui pouvaient exister entre elles; puis cette obligation unique, on l'éteignait par l'acceptilation. Le plus souvent elle intervenait à propos d'une transaction; aussi les textes qui mentionnent la stipulation aquilienne se réfèrent-ils, sinon tous, au moins la plupart, à la transaction, et sont placés sous la rubrique *de transactionibus*. Dig. II, 15; Code, II, 4; C. 14, II, 9. — Voyez sur cette stipulation M. Accarias (op. cit. p. 738, n° 707, et s.)

En supposant que l'institué et le légitimaire aient ajouté à la transaction une *stipulatio pænæ* et que le premier ait exécuté, de son côté, la convention; celui-ci pourrait, dans le cas où le légitimaire exercerait la *querela*, ne pas opposer l'exception *pacti conventi*, engager le procès, mais réclamer après et ce qu'il lui a donné, par la *condictio ob rem*, et le montant de la peine, par la *condictio certi*. Voyez la loi 40, C. *de transactionibus*. II, 4.

<sup>1</sup> Loi 33, Code *de transactionibus*, II, 4.

der l'exécution : en effet pour que l'action *præscriptis verbis* prenne naissance, il faut que le fils ait exécuté de son côté la convention ; or, il n'est pas dans ce cas, car son droit à la *plainte d'inofficiosité* subsiste encore, et il subsiste parce qu'un *nudum pactum* n'a pas de force pour éteindre une action. Il sera donc obligé d'attaquer le testament par la *querela* : Ulpien dit :

*Si instituta de inofficiosi testamenti accusatione, de lite pacto transactum est, nec fides ab herede transactioni præstatur, inofficiosi causam integram esse placuit*<sup>1</sup>.

Si toutefois l'institué oppose à la *querela* dirigée contre lui l'exception *pacti conventi*, le légitaire répondra par une *replicatio doli*<sup>2</sup> — Si au contraire l'action du fils a été éteinte par la stipulation aquilienne suivie d'acceptilation ou bien par l'expiration du délai de cinq ans, il aura le droit de réclamer l'exécution de la convention par l'*actio præscriptis verbis*. Si l'institué, après la transaction, a promis par la stipulation, qu'il transférerait la propriété de la chose ou qu'il payerait une somme d'argent, le fils pourra intenter l'action *ex stipulatu*. — Je vais analyser un texte qui fait l'application des principes que je viens de poser :

*Cum mota inofficiosi querelam matrem vestram cum diversa parte transegisse, ita ut partem bonorum susciperet et a lite discederet, proponatis : instaurari quidem semel omisam querelam per vos, qui matri heredes extitistis, juris ratio non sinit ; verum, si fides placitis præstita non est, in id quod interest, diversam parte recte convenietis, aut enim stipulatio conventioni subdita est, et ex stipulatio actio competit ; aut si omissa verborum obligatio est, utilis actio,*

<sup>1</sup> Loi 27, pr. Dig. de inof. test. V, 2.

<sup>2</sup> 28. Code, de transactionibus, II, 4.

*quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est*<sup>1</sup>.

Voici l'espèce : Une femme qui se plaignait d'avoir été injustement exhéredé par son père, avait intenté la *querela*. Dans le cours du procès, elle transige avec l'institué sous la condition qu'elle obtiendrait une partie de la succession. Puis elle vient à mourir sans que l'institué ait exécuté la convention conclue. L'empereur Alexandre se demande si les enfants pourraient intenter la *querela*, et il répond négativement. Pourquoi? C'est qu'en principe, cette action est intransmissible, elle ne se transmet aux héritiers que si le *querelans* meurt dans l'instance ou en se préparant à agir. La mère, il est vrai, l'avait exercée, mais elle y avait ensuite renoncé, et c'était comme si elle ne l'avait jamais intentée. Cependant les héritiers ne seront pas dépourvus de toute action : l'empereur fait une distinction suivant qu'il y a eu ou non une stipulation intervenue entre la mère et l'institué. Dans le premier cas, les enfants auront l'*actio ex stipulatu* ; dans le second, l'action *præscriptis verbis*. Ceci peut surprendre parce que la mère n'aurait pas eu cette dernière action : mais cela s'explique par cette considération que la mort a réalisé l'exécution de la promesse faite par la mère, son décès équivaut à une *acceptilatio ob rem*, c'est-à-dire, change en contrat innomé la convention dépourvue jusque-là d'action.

93. — Quel est l'effet de la transaction à l'égard des tiers? Tandis que le jugement rendu sur la *querela* a, contrairement aux principes généraux, un effet absolu, la transaction qui y intervient n'a d'effet qu'entre les parties, elle n'est opposable qu'aux personnes qui l'ont

<sup>1</sup> Loi 6, Code, de *transactionibus*, II, 4.



conclue et non pas aux tiers <sup>1</sup>. Quelle en est la raison ? Lorsqu'une instance est engagée, il y a d'abord une garantie dans la présence des juges, dans la faculté accordée aux légataires d'intervenir aux débats pour soutenir la validité des dernières volontés du défunt, et d'interjeter appel d'une sentence défavorable. — La transaction, au contraire, se conclut en dehors de leur présence ; il est donc naturel qu'elle soit à leur égard *res inter alios acta*. Aussi les légataires, les fidéicommissaires, les affranchis qui ne peuvent avoir aucune action contre l'héritier légitime, puisque le testament subsiste, devront-ils recourir contre l'institué. Quant aux créanciers, on leur accorde *propter incertum successionis* des actions utiles contre ce dernier et le légitimaire, en proportion de la part de succession que la transaction attribue à chacun ; si donc elle attribue la totalité de l'hérédité au légitimaire sous l'obligation de payer une somme à l'institué, celui-là sera actionné.

94. — C. *De la renonciation tacite*. Elle résulte de certains faits qui font présumer de la part du légitimaire l'abandon de son droit. Ces faits sont nombreux ; j'en citerai quelques-uns.

1° *Le légitimaire renonce tacitement à la querela lorsqu'il recueille quelque avantage testamento*, par exemple :

a). Il accepte un legs fait à son profit par le testateur <sup>2</sup>. Par là, il approuve cet acte, il reconnaît qu'il n'est pas inofficieux et perd son droit de l'attaquer. Il y a en effet,

<sup>1</sup> Dioclétien et Maximilien proclament que la transaction a la même autorité que la chose jugée : *Non minorem auctoritatem transactionum quam rerum judicatorum esse, recte ratione placuit* (Loi 20, Code de *transactionibus*, II, 4.)

<sup>2</sup> Il en sera de même, s'il accepte un legs, fait au profit d'une personne soumise à sa puissance.

incompatibilité entre la *querela* et l'action *ex testamento*. Mais je m'empresse d'ajouter que l'acceptation du legs ne l'empêcherait pas de le critiquer pour toute autre cause que celle de l'inofficiofité. Papinien en donne cette raison, que le légataire, en soutenant que le testament est *falsum* ou *non jure factum* agite une question de droit sans le critiquer en lui-même : *de jure disputavit, non judicium impugnavit aut accusavit* <sup>1</sup>.

Le légataire est considéré comme renonçant, non seulement à partir du moment où il entre en possession mais encore du jour où il en demande la délivrance en justice. Cependant il recouvrera son droit à la *plainte d'inofficiofité*, si le legs qu'il a déjà réclamé, est révoqué, par exemple, par la découverte d'un codicille. Cette décision est fort juste : en effet, il approuve les dernières volontés du défunt, parce qu'il se trouvait satisfait par le legs qui lui avait été fait, or le legs étant annulé, il serait inique de laisser subsister les effets d'une approbation donnée qu'en vue de cette libéralité.

Ici se présente une question : il peut arriver que le légataire devienne l'héritier de la personne à laquelle le testateur a fait un legs, qu'il réclame et obtienne l'exécution de cet avantage; conservera-t-il néanmoins le droit d'intenter la *querela* ? Paul dit : *Tutius tamen fecerit si se abstinuerit a petitione legati* <sup>2</sup>. Quoique l'affirmative paraisse résulter de ce texte, cependant il n'est pas certain que telle ait été la solution du droit romain sur ce point ; remarquez, en effet, que le jurisconsulte lui conseille de renoncer plutôt au legs : pourquoi ? c'est qu'il court le risque de perdre son action. Aussi certains au-

<sup>1</sup> Loi 24, de *his quæ ut indig. auf.* Dig. XXXIV, 9.

<sup>2</sup> Loi 32, § 1. Dig. de *inof. test.* V, 2.

teurs pensent-ils que Paul émet ici une opinion personnelle et que le légitimaire perdrait le droit d'attaquer le testament : « Comment, dit M. Vernet, n'en eût-il pas « été ainsi, puisqu'on allait jusqu'à décider que le légitimaire qui, comme avocat, aurait prêté son ministère à une personne demandant l'exécution d'un legs, « ne pourrait plus intenter la plainte d'inofficiosité. Il « en eût été de même de tout légitimaire qui agissant « *procuratoris nomine*, aurait demandé l'exécution du « legs au profit d'autrui <sup>1</sup>.

Dans un autre texte, Paul reconnaît au légitimaire, devenu l'héritier de la personne instituée dans le testament, le droit de critiquer cet acte, comme inofficieux, car s'il possède une partie de l'hérédité, ce n'est pas en qualité de proche parent. Mais pour que ce cas présente de l'intérêt, il faut supposer qu'il n'est pas l'unique héritier de l'institué ; autrement le droit, à la *querela*, s'éteindrait par confusion, faute d'adversaire.

*Si heres existerim ei, qui eo testamento institutus est, quod de inofficioso arguere volo, non mihi nocebit; maxime si eam portionem non possideam vel jure suo possideam* <sup>2</sup>.

Il en serait différemment si l'héritier institué, après avoir fait adition, lui lègue une close héréditaire ; s'il accepte, il se rend non recevable à exercer la *plainte*.

*Diversum dicemus, si legaverit mihi eam rem quam quis ex testamento acceperat ; nam si eam adgnoscam, repellar a accusatione* <sup>3</sup>.

Remarquez que le légitimaire ne sera pas réputé renonçant s'il accepte un legs, non pas en son nom per-

<sup>1</sup> Vernet, op. cit. p. 161.

<sup>2</sup> Loi 32, p. Dig. V, 2.

<sup>3</sup> Loi 31, § 3. Dig. de inof. test. V, 2.

sonnel, mais comme tuteur, au nom de son pupille : on conçoit parfaitement bien qu'en accomplissant son devoir de tuteur, il n'ait pu perdre ses droits de fils<sup>1</sup>. De même encore pas de déchéance lorsque la libéralité doit être restituée à un tiers sans aucune retenue.

*Illud notissimum est*, dit Marcellus, *eum qui legatum perceperit non recte de inofficioso testamento dicturum, nisi id totum alii administravit*<sup>2</sup>.

b). Le légitimaire reçoit soit de l'héritier inscrit, soit du légataire, une somme d'argent comme condition apposée à l'institution ou au legs. Cependant en ce qui touche le legs, Ulpien fait une distinction : le légitimaire l'a-t-il reçu avant l'introduction de la *querela*, alors il est réputé renonçant, son acceptation prouve qu'il n'a pas l'intention d'attaquer le testament ; l'a-t-il reçu, au contraire, après, alors il conserve son droit, car son acceptation ne démontre pas suffisamment qu'il veuille par là approuver la volonté du testateur. — Lorsque la somme est offerte par l'héritier, on distingue encore suivant que le légitimaire l'a ou non reçue : dans le premier cas, il reconnaît la validité du testament et par suite se rend non recevable de le critiquer ; dans le second, le testament tombe ; en effet, l'institution étant subordonnée à cette condition que l'héritier lui payerait une somme d'argent, par son refus, la condition ne peut plus s'accomplir et l'institution se trouve effacée<sup>3</sup>.

Je dois mentionner une hypothèse où le légitimaire ne perd pas son droit d'attaquer le testament quoiqu'il tire

<sup>1</sup> Institutes, L. II, t. 18, *de inof. test.* § 4 :

<sup>2</sup> Loi 10, § 1, *de inof. test.* V, 2.

Loi 8, § 10. Dig. *de inof. test.* V, 2.

profit d'une libéralité qui y était contenue au profit d'une autre personne.

*Filius testatoris, quicum Titio ejusdem pecuniæ reus fuerat, liberatione Titio legato, per acceptilationem Titii liberatus, ab actione inofficiosi non submovebitur*<sup>1</sup>.

Voici l'espèce : un père, après avoir émancipé son fils Maevius, devient créancier de ce dernier et de Titius qui se constituent envers lui *duo rei promittendi* ; puis il meurt en laissant un testament dans lequel il exhérède le fils et lègue à Titius sa libération de la dette corréale. En exécution de son legs, Titius se fait faire acceptilation ; par là non seulement celui-ci, mais aussi Maevius est libéré, car l'obligation corréale est éteinte à l'égard de tous les débiteurs. Maevius profite donc du testament ; pourra-t-il intenter la *querela* contre cet acte de dernière volonté ? — Modestin dans la loi 12 § 3 décide qu'il n'y a pas perdu de le faire rescinder. « En effet, « comme dit en excellents termes, M. Demangeat, ce qui « rend le testament inattaquable, ce n'est pas la simple « circonstance que la personne qui voudrait l'attaquer « en a retiré un profit quelconque ; c'est avant tout le « fait que cette personne, lui ayant donné une approba- « tion au moins tacite, a, par là même, reconnu qu'il « n'était pas inofficieux : aussi voyons-nous les juriscon- « sultes, pour exprimer la fin de non recevoir encourue « par celui qui voudrait aujourd'hui intenter la *querela* « employer constamment ces mots : *agnovit ou compro- « bavit defuncti judicium*. Comme dans notre espèce, « Maevius a profité du testament, sans sa volonté, mais « par la conséquence forcée de l'acte d'un tiers, on ne « peut évidemment dire qu'il a ratifié ce qu'il veut main-

<sup>1</sup> Modestin, loi 12, § 3. Dig. de inof. test. V, 2.



« tenant attaquer. L'héritier institué ne pourra donc  
 « pas repousser sa plainte par une *præscriptio*, comme  
 « il le pourrait, si le legs de libération ayant été fait à  
 « Maevius lui-même, Maevius s'était fait faire *accepti-*  
 « *lation* <sup>1</sup>.

2° Le légitimaire renonce tacitement à la *querela*, lorsqu'il soutient, en qualité d'avocat ou *procurator ad litem*, la demande d'un légataire particulier du testateur. En prêtant volontairement son ministère pour en retirer un avantage, il approuve le testament, il manifeste suffisamment son intention de ne pas l'attaquer.

*Si exheredatus petenti legatum ex testamento advocacionem præbuit procuracionemve suscepit, removetur ab accusatione : agnovisse enim videtur qui qualequale judicium defuncti comprobavit*<sup>2</sup>.

3° La renonciation à la *querela* de la part de l'ayant droit résulte du fait de se désister et abandonner l'instance qu'il a déjà engagée. C'est ce qu'exprime Ulpien.

*Si quis post rem inofficiosi ordinatam litem dereliquerit, potea non audientur*<sup>3</sup>. Mais il faut, pour que cet effet se produise, que l'abandon soit l'expression d'une volonté libre, qu'il soit spontané et non suggéré par le dol ou manœuvres frauduleuses de l'institué. Ainsi Paul supposant qu'un héritier institué a obtenu le désistement du légitimaire, en le faisant croire, qu'il était chargé, par fidéicommiss, de lui restituer le tiers de la succession, décide, que la *querela* n'est pas éteinte et qu'il pourra rengager l'instance :

<sup>1</sup> Demangeat : *Obligations solidaires en droit romain*, (1858), p. 27.

<sup>2</sup> L. 32, pr. de *inof. test.* V, 2.

<sup>3</sup> Loi 8, § 1. Dig. de *inof. test.* V, 2.

... non videri deseruisse querelam : et ideo non prohiberi eum repelere inchoatam actionem<sup>1</sup>.

4° Enfin le légitimaire renonce à la plainte d'inofficiosité lorsqu'il achète de l'institué une partie de la succession ou une chose héréditaire, sachant parfaitement que celui-ci lui vendait en qualité d'héritier ; ou lorsqu'il paie les dettes dont il est débiteur envers le défunt, ou lorsqu'il prend à loyer des terres de l'hérédité. En effet s'il avait l'intention d'exercer la querela, il ne se serait pas procuré à titre onéreux les biens héréditaires et n'aurait pas payé les dettes, car il y avait un moyen bien plus commode d'acquiescer ou de se libérer, sans rien déboursier ; c'était de faire tomber le testament.

*Si hereditatem ab heredibus institutis ex hereditati emerunt, vel res singulas, scientes eos heredes esse, aut conduxerunt prædia, aliud re quid simile fecerunt, vel solverunt heredi quod testatori debebant : iudicium defuncti agnoscere videntur a querela excluduntur*<sup>2</sup>.

95. — Je termine par l'explication d'un texte de Modestin qui prévoit la fraude que pouvait commettre le légitimaire dans certaines circonstances : Un père exhérède son fils et institue comme héritier l'esclave de ce dernier. En vertu de la puissance dominicale c'est au fils que reviendra l'hérédité avec toutes ces charges. Seulement voici ce qu'il faisait pour ne pas exécuter les legs : avant de donner ordre à l'esclave de faire addition, il l'affranchissait. Celui-ci acquérait donc la succession *arbitrio suo* ; mais immédiatement après, son patron, en qualité de légitimaire, exerçait contre lui la querela et triomphait naturellement. Le testament étant

<sup>1</sup> Loi 21, pr. Dig. de inof. test. V, 2.

<sup>2</sup> Paul, loi 23, § 1, Dig. de inof. test. V, 2.

rescindé, les legs s'évanouissaient, et le fils, par ce moyen détourné, recueillait la succession sans en avoir à subir la diminution qui aurait résulté de l'exécution des libéralités. Pour prévenir cette fraude, on décida, que le fils n'aurait plus le droit d'attaquer le testament après l'affranchissement de l'esclave.

*Si filius institutum servum prius, quam adire hereditatem juberet, manumiserit, et ille suo arbitrio adeat hereditatem, idque fraudulento consilio fecerit, summovebitur ab actione*<sup>1</sup>.

## SECTION II

## De l'expiration du délai de cinq ans.

SOMMAIRE : 96. La *querela* s'éteint par un délai de cinq ans. — 97. Suivant l'opinion générale, ce délai fut primitivement de deux ans. — Réfutation de cette opinion. — 98. Du point de départ du délai. — 99. Exceptions.

96. — La seconde cause d'extinction de la *querela*, c'est l'expiration d'un délai de cinq ans, pendant lequel, le légitimaire n'a pas agi. Par là cette action diffère à la fois et de la pétition d'hérédité qui est perpétuelle, et de l'action d'injures qui est annale<sup>2</sup>.

97. — Une phrase d'une lettre de Pline le Jeune<sup>3</sup> *scis te non subscripsisse mecum, et jam biennium transisse omniaque me usucepisse* a fait croire à la presque unanimité des auteurs que ce délai fut primitivement de deux ans. On fait remarquer, à cet effet, que l'*usucapio pro*

<sup>1</sup> Loi 12, pr. Dig. de inof. test. V, 2.

<sup>2</sup> Loi 8, § 17 ; loi 9, Dig. de inof. test. V, 2. — Lloi 34, Code de inof. test. III, 28.

<sup>3</sup> Pline, *Epist.* V, 1.

*herede* s'accomplissant par un an, Pline n'a pas pu faire allusion qu'à la durée de la *querela*.

Tel n'est pas mon avis et je pense que dès le début le temps requis pour sa prescription fut fixé à cinq ans. Celui qui lira attentivement la lettre en son entier, acquerra la conviction que dans la phrase précisée, Pline n'a pas en vue la prescription de la *querela*, mais l'usucapion des choses héréditaires. En voici une analyse succincte : Pomponia Gratilla avait exhéredé son fils Curianus et institué héritiers Pline et quelques autres. Curianus laissant celui-ci de côté, à raison de certains faits antérieurs, assigne ses cohéritiers et non lui, devant le tribunal centenviral. Les institués souhaitaient une transaction, non qu'ils se défiassent de leur cause, mais les circonstances leur faisaient peur. Craignant qu'ils tombassent dans un procès capital, ils prièrent Pline de conférer avec Curianus. Pline se rendit avec lui dans le temple de la Concorde<sup>1</sup> : « Si votre mère, lui dit-il, vous eût institué héritier pour un quart de ses biens, ou si même elle vous eût fait son unique héritier, mais que par des legs elle vous eût si fort chargé, qu'il ne vous en restât que le quart, auriez-vous droit de vous plaindre ? Vous devez être content, si exhéredé par votre mère ses héritiers vous abandonnent le quart de ce qu'ils ont reçu. Je veux pourtant encore y ajouter du mien. *Vous savez que vous ne m'avez point as-*

<sup>1</sup> Si mater, inquam, te ex parte quarta scripsit set hæredem, num queri posses ? Quod si hæredem quidem instituisset ex asse, sed legatis ita exhausisset, ut non amplius apud te, quam quarta, remaneret ? Igitur sufficere tibi debet, si, exheredatus a matre, quartam partem ab hæredibus ejus accipias, quam tamen ego augebo. Scis, te non subscripsisse me cum, jam biennium transisse, omniaque me usucepisse.

*signé, que déjà deux années se sont écoulées et que j'ai tout usucapé.* Cependant, pour que mes cohéritiers vous trouvent plus traitable, je vous en offre autant pour ma part. » Ainsi c'est bien à l'usucapion de sa portion héréditaire et non à la prescription de la *querela* qu'il fait allusion. M'objectera-t-on que l'usucapion s'accomplit par un an? Je réponds que si Pline parle d'un *biennium* c'est qu'il s'était écoulé deux ans depuis l'adition d'hérédité et qu'il fait remarquer au plaignant qu'il peut invoquer, pour mettre sa part héréditaire à l'abri de toute réclamation, une possession bien plus longue que celle exigée par la loi à cet effet. — D'ailleurs comment concevoir, si l'opinion générale est exacte, que tous les textes qui déclarent la *querela* éteinte par cinq ans, ne fassent la moindre allusion à un délai antérieur moins long et au changement qui s'en est opéré<sup>1</sup>?

98. — Mais quel est le point de départ de ce délai? Sur cette question les jurisconsultes n'étaient pas d'accord. D'un côté Modestin pensait que les cinq ans couraient du jour de la mort du testateur; Ulpien, d'un autre, soutenait que la prescription commençait seulement du jour de l'adition. Justinien qui rapporte cette controverse, la tranche, en consacrant la dernière opinion, et avec raison<sup>2</sup>. 1° Tant que l'héritier inscrit n'a pas fait adition, le légitimaire est en droit d'espérer que la succession s'ouvrira d'elle-même *ab intestat* soit par la répudiation de l'institué, soit par l'incapacité de succéder dont il pourrait être frappé. 2° Ce n'est que par l'a-

<sup>1</sup> Comp. Huschke, *Ueber der usucapio pro herede* dans le *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaften*. t. XIV, p. 152, note.

<sup>2</sup> Loi 36, § 2. Code de *inof. test.* III, 28; *Illud præterea sancimus ut tempora inofficiosi querelæ ab adita hereditate secum Ulpiani opinionem currant. Herennii Modestini sententia recusata.....*



dition que l'injure faite au fils ou au père reçoit sa confirmation ; 3<sup>e</sup> alors même que le *querelans* aurait voulu intenter la *querela* avant l'adition, il ne l'aurait pas pu, faute d'adversaire, il eût donc été injuste de faire courir la prescription contre lui, du moment qu'il se trouvait dans l'impossibilité d'agir.

La loi 36 § 2 au code contient, en outre, une autre décision importante. A l'époque classique, l'héritier inscrit pouvait faire adition quand bon lui semblait, il n'y avait, en droit, aucune disposition qui fixât un délai au delà duquel il n'aurait plus la faculté d'accomplir cet acte. Mais en fait, il avait le plus grand intérêt de le faire le plus tôt possible à cause de l'*usucapio pro herede*, car quiconque possédait, même de mauvaise foi, les biens héréditaires pendant une année, en acquérait la propriété par l'usucapion. Mais lorsque plus tard un sénatusconsulte d'Adrien ôta à l'*usucapio pro herede* son caractère lucratif en décidant qu'elle serait révocable<sup>1</sup> et que Marc-Aurèle permit au véritable héritier de diriger le *crimen expilatæ hereditatis* contre celui qui s'emparerait sans droit et de mauvaise foi de l'hérédité, l'usucapion *pro herede* finit par disparaître complètement, et dès lors l'héritier put impunément différer sans mesure l'adition ; ce qui était, sans doute, très fâcheux pour le légitimaire, car il se trouvait exposé à perdre, après un long délai, les moyens de preuves dont il pouvait avoir besoin pour soutenir sa prétention. Justinien, pour remédier à cet état de choses,

<sup>1</sup> Sed hoc tempore, dit Gaius (C. II, § 57) etiam non est lucrativa, nam ex auctoritate Hadriani Senatus-Consultum factum est ut tales usucapiones revocarentur ; et ideo postea heres ab eo qui rem usucapit hereditatem petendo, perinde eam rem consequi atque si usucaputa non esset.

décida que toutes les fois que le testament serait susceptible d'être critiqué par la *querela*, l'institué devrait déclarer, s'il entendait ou non faire adition d'hérédité, dans le délai de six mois du décès, si l'héritier et le légitimaire habitaient la même province, sinon, dans le délai d'un an :

*Sancimus ubi testator decesserit alio scripto herede et speratur de inofficioso querela : necessitatem habere scriptum heredem, si quidem præsto est in eadem commanens provincia inter sex mensium spatium : sin autem seorsum utraque pars in diversis provinciis degit, tunc intra annale tantummodo spatium simili modo per continuum a morte testatoris numerandum, omnimodo adire hujusmodi hereditatem vel manifestare suam sententiam quod hereditatem minime admittat<sup>1</sup>.*

99. — Par exception, la *querela* peut être admise même après l'expiration du délai de cinq ans depuis l'adition, dans les trois cas suivants :

1° Lorsque le légitimaire a attaqué le testament dans lequel il était exhéredé pour une cause autre que l'inofficiosité, mais en se réservant la plainte comme action subsidiaire.

2° Lorsqu'il a été empêché d'agir dans le délai quinquénal par des circonstances très graves et fort légitimes, *ex magna et justa causa*. Comme exemple je cite le cas d'un fils, qui omis par erreur dans le testament maternel, revient de captivité cinq ans après le décès de sa mère<sup>2</sup>.

3° La prescription ne court pas contre les mineurs de vingt-cinq ans, elle ne commence que du jour où ils

<sup>1</sup> Loi 36, § 2. Code de inof. test. III, 28.

<sup>2</sup> Loi 28, Dig. de inof. test. V, 2.

ont atteint l'âge de la majorité; dès lors il n'est pas nécessaire de leur accorder l'*integrum restitutio*, lorsqu'ils ont laissé passer le délai de cinq ans depuis l'adition.

*Impleta igitur ætate legitima non est in integrum restitutio necessaria quia non redintegratio amissæ causæ his datur, sed integra ipsa causa servatur*<sup>1</sup>.

### SECTION III

#### La mort du querelans.

SOMMAIRE : 100. *La querela* est intransmissible en principes, aux héritiers. — Exceptions. — 101. Innovation de Justinien. — 102. Controverse à laquelle elle donne lieu. — 103. Observation sur un texte de Paul.

**100.** — *La querela inofficiosi testamenti*, étant une action d'injures, devait naturellement lui emprunter l'un de ses caractères propres, je veux dire l'intransmissibilité. Elle était donc personnelle au *querelans*, s'éteignait par sa mort et ne se transmettait pas à ses héritiers<sup>2</sup>. Si tel était le principe, il ne faudrait pas, cependant, en conclure, qu'il fût aussi absolu que je viens de le formuler. Les Romains y apportaient certaines exceptions, certains tempéraments. En premier lieu, les héritiers succédaient à cette action, lorsque le *querelans* l'avait intentée et que l'instance était arrivée à la *litis contestatio*<sup>3</sup>. Dans ce cas ils continuaient la poursuite déjà commencée. En second lieu la *querela* se trans-

<sup>1</sup> Loi 2, Code, de qui. cau. in integ. rest. neces. non. est. II, 41.

<sup>2</sup> Loi 43, pr; loi 28, Dig. de inj. et fam. lib. XLVII, 40.

<sup>3</sup> Ceci est vrai aussi pour l'*actio injuriarum*.

mettait activement lorsque le légitimaire avait préparé l'instance ou manifesté d'une manière certaine la volonté d'agir. Ici les héritiers introduisaient eux-mêmes l'action. Le premier point résulte d'un texte d'Ulpien, dans lequel, le jurisconsulte se demandant si la *querela* passe aux héritiers, répond affirmativement pourvu que la *controversia* soit *cæpta vel preparata*<sup>1</sup>. On considérait l'instance comme suffisamment préparée dès que le *querelans* demandait la *bonorum possessio* ou dès que la *denunciatio litis*<sup>2</sup> ou la remise du *libellos conventionis* avaient eu lieu. Le second point ressort d'une constitution de Caracalla :

*Si pater tuus post litem contestatam vel postquam propositum habuisset inofficiosum fratris testamentum dicere, te herede relicto decessit, causam cæptam vel quocumque modo illi placitam, exequi non prohiberis*<sup>3</sup>.

Toutefois les héritiers perdaient le droit de continuer ou d'exercer la plainte, lorsque le légitimaire, après avoir accompli les préliminaires du procès, se désistait ou abandonnait l'instance.

**101.** — Je rappelle que Justinien innova en cette matière, en décidant que le fils exhérédé mort *deliberante instituto*, transmettrait toujours son action à ses héritiers en ligne descendante, alors même qu'il n'aurait pas manifesté la volonté d'agir. Mais il faut deux conditions, pour que cette transmission se produise : primo que les héritiers soient des parents en ligne descendante ; secundo que le fils exhérédé soit mort avant que l'institué ait fait adition.

<sup>1</sup> Ulpien, loi 6, § 2. *de inof. test.* Dig. V, 2.

<sup>2</sup> Paul, loi 7, Dig. *de inof. test.* V, 2.

<sup>3</sup> Loi 5, Code, *de inof. test.* III, 28.

**102.** — Certains auteurs ont prétendu que cette dernière condition n'était pas nécessaire et que la *querela* se transmettait alors même que le fils venait à mourir après l'adition de l'institué. Je ne partage pas cette opinion, elle est contraire aux motifs et aux termes de la constitution de Justinien. Aux motifs : Dès que l'institué a fait adition, le fils qui ne manifeste pas au moins l'intention d'attaquer le testament se rend coupable d'une négligence, dont il n'y a pas lieu de prévenir les effets ; il est en faute. Au contraire, tant que l'héritier inscrit ne choisit pas entre les différents partis qui lui sont offerts par la loi, le fils n'ayant pas d'adversaire contre lequel il puisse agir, est réduit à l'inaction. Si l'institué avait pris une prompte décision, le fils aurait pu, peut-être, avant d'être surpris par la mort, intenter la *querela*, que les petits-fils auraient continuée. L'empereur veut que les lenteurs de l'institué n'aient pas de conséquences nuisibles pour la postérité du testateur. Aux termes de la constitution : voici comment Justinien s'exprime : *deliberante vero scripto herede filius decesserit.....* et plus loin *jubemus in tali specie eadem jure nepoti dari*<sup>1</sup> La loi 36 § 2 (Code, au même titre) est encore plus explicite : *in medio tempore tamen, id est a morte quidem testatoris, sed ante aditam hereditatem, se decesserit filius hujusmodi querelam (licet se non præparaverit) ad suam posteritatem transmittet.*

**103.** — Je termine par une observation sur un texte de Paul<sup>2</sup>. Dans ses sentences, ce jurisconsulte nous dit : *Petitio hereditatis cujus defunctus litem non contestatus, ad heredem non transmittitur.* Ce texte évidemment est

<sup>1</sup> Loi 34, Code, de *inof. test.* III, 28.

<sup>2</sup> Paul, *Sent* : Lib. I, tit : XIII, (B) § 4.



inexact ou incomplet, car il ne peut se référer que soit à la pétition d'hérédité ordinaire, soit à la *querela*. Dans la première hypothèse, il est inexact, parce que la *petitio hereditatis* se transmet sans aucun doute aux héritiers : dans la seconde, il est incomplet, parce que la *litis præparatio* équivaut à la *litis contestatio*<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Accarias, *Précis de dr. rom. t. I, p. 900, note 2.*

## CHAPITRE SEPTIÈME

### DES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LES NOVELLES AUX RÈGLES DE LA LÉGITIME ET DE LA QUERELA

J'ai étudié, chemin faisant, quelles furent les innovations, résultant du Code, que Justinien apporta dans la matière que je traite ; je n'y reviens pas. Mais comme après la promulgation de son Code et jusqu'à la fin de son règne, cet empereur rendit un assez grand nombre de constitutions, de *Novelles*, qui modifièrent des points très importants de la législation en vigueur et que deux d'entre elles surtout, introduisirent des réformes considérables dans la théorie de la légitime et de la *querela inofficiosi testamenti*, je consacrerai ce chapitre à l'examen des règles qu'elles posent et qui ont trait à ces deux institutions.

Les Novelles auxquelles je fais allusion sont les Novelles XVIII et CXV, dont chacune fera l'objet d'une section spéciale.

## SECTION I

## Nouvelle XVIII

SOMMAIRE : 104. Augmentation du taux de la légitime. — 105. Motifs, critique. — 106. Comment doivent être comptés les petits enfants? Controverse. — 107. L'augmentation de la quotité de la légitime s'applique-t-elle aux ascendants et aux frères et sœurs? Controverse; trois systèmes. — 108. Concours des ascendants et des frères et sœurs. — 109. La nouvelle légitime, de même que l'ancienne, n'est qu'une portion de la part héréditaire *ab intestat*. — Démonstration. — 110. Conséquence. — 111. Légitime en pleine propriété.

**104.** — La Nouvelle XVIII, datée de 537, contient onze chapitres, dont trois seulement nous intéressent. — Le premier chapitre s'occupe de la quotité de la légitime, qu'il augmente à l'égard des enfants : au lieu d'un tarif unique et invariable, nous voyons deux quotités différentes suivant que le nombre des enfants dépasse ou ne dépasse pas le chiffre de quatre ; s'il le dépasse, la légitime est de la moitié des biens, en deçà de ce chiffre elle est du tiers. On a résumé cette disposition par le vers mnémonique suivant :

*Quatuor aut infra dant natis jura trientem.*

*Sed dant semissem liberis, si quinque vel ultra.*

**105.** — La préface de la Nouvelle nous donne les raisons qui déterminèrent Justinien à innover sur ce point : il s'étonne, que des enfants qui ont bien mérité de leurs parents et envers lesquels ceux-ci se reconnaissent des devoirs, soient réduits à un quart partageable entre tous, quand le reste peut être donné à des étrangers ou à des esclaves ; aussi augmente-t-il le taux de la légitime, d'un côté, pour suivre toujours de plus en plus

les inspirations de la nature (*nitimur aliquid adinvenire semper et naturæ consequens*), de l'autre, pour éviter, que les enfants, qui sont dans une certaine aisance du vivant de leur père, ne se trouvent pauvres, après sa mort, *et pauperes erunt filii patris, donec vixerit, idonei*).

Les auteurs critiquent la combinaison de Justinien, parce qu'elle amène, dans un cas particulier, un résultat illogique<sup>1</sup>. Il peut arriver que chaque légitimaire obtienne plus, quand ils sont plus nombreux, que quand ils le sont moins, ce qui est contraire à la nature des choses<sup>2</sup>. En effet, s'il y a quatre enfants, la légitime est d'un tiers, et chacun aura droit à un quart de ce tiers<sup>3</sup>, c'est-à-dire, à un douzième ; en supposant qu'il y en ait cinq, la légitime étant de la moitié, chaque enfant recevra le cinquième de cette moitié, c'est-à-dire un dixième, en d'autres termes, plus que dans la première hypothèse<sup>4</sup>.

Dans le second chapitre, la Novelle XVIII apporte une exception aux règles qu'elle a posées dans le chapitre précédent : elle accorde une légitime de trois quarts de la succession aux fils des décurions qui leur succèdent dans leur charge, et à leurs filles, si elles épousent des décurions. Il faut voir dans cette décision, une de ces nombreuses faveurs dont on combla les mem-

<sup>1</sup> Accarias. *Précis de dr. rom. t. I, p. 902.*

<sup>2</sup> Brocher. *Etude historiq. et philos. de la lég. p. 90.*

<sup>3</sup> Demangeat. *Cours de dr. rom. t. I, p. 753.*

<sup>4</sup> M. Boissonade (*op. cit. p. 134*) fait remarquer que cette singularité ne se perpétue pas ; ainsi avec six enfants, la part de chacun n'est déjà que d'un douzième, comme s'ils étaient quatre, et dès le nombre de sept enfants, elle commence à être inférieure, ainsi qu'il convient.

bres des curies pour les récompenser des charges énormes qui leur incombaient : en effet, outre les jeux et les spectacles publics qu'ils devaient donner à leurs frais, ils étaient responsables de la perception de l'impôt foncier, et de la capitation, et comme tels, supportaient l'insolvabilité des contribuables. Ajoutez à cela, qu'ils étaient tenus de payer, tous les ans, à la curie, le quart de leurs revenus, et à l'empereur, une somme d'argent, plus ou moins considérable, appelée *auréum coronarium*, à l'occasion de certains événements solennels <sup>1</sup>.

**106.** — Les petits enfants *ex eodem patre*, comptent-ils pour autant d'enfants ou pour un seul ? En d'autres termes, en supposant que le testateur laisse un enfant et quatre petits enfants, nés d'un autre fils prédécédé, la légitime sera-t-elle de moitié ou de tiers ? Voici comment M. Demangeat<sup>2</sup> résout la question : « J'ad-  
« mets bien, dit-il, que pour l'enfant, la légitime sera  
« ce qu'elle serait s'il avait à côté de lui son frère  
« encore vivant, c'est-à-dire un sixième, mais je  
« suis disposé à croire que les quatre petits enfants  
« ont droit à un quart. En effet la pensée de Justi-  
« nien me paraît avoir été celle-ci : le légitimaire aurait-  
« il eu *ab intestat* au moins le quart de la succession,  
« sa légitime doit être le tiers de sa part *ab intestat* ; au-  
« rait-il eu *ab intestat* moins du quart de la succession,  
« sa légitime doit être de moitié. » — Malgré la grande autorité du savant professeur, j'estime, pour ma part,

<sup>1</sup> Loi 3. C. Th. XII, 43. — Ce fut pour engager les citoyens à faire partie des curies, que l'on imagina la légitimation par oblation à la curie (Inst. I, tit. X, *de nuptiis*.)

<sup>2</sup> *Cours de dr. romain*, t. I, p. 753.



que son opinion n'est pas fondée et que la légitime, dans mon hypothèse, est d'un tiers. Et d'abord il me semble tout à fait arbitraire de considérer le père des quatre petits enfants, vivant à l'égard de son frère et inexistant par rapport à ses enfants. Pourquoi cela ? N'est-il pas plus conforme à la logique que les choses se passent comme si l'enfant prédécédé arrivait lui-même à la succession ? Remarquez que dans l'opinion contraire, le représentant se trouve avoir plus de droit que le représenté, ce qui n'est guère admissible. Enfin il est impossible de croire que Justinien ait implicitement imposé au testateur, l'obligation de laisser à des petits enfants, qui le touchent de moins près, une part plus forte que celle qu'il aurait dû laisser à leur père, dont ils tiennent la place. Je conclus donc que le fils survivant aura un sixième et que les quatre petits fils recevront chacun un vingt-quatrième <sup>1</sup>.

**107.** — Cette difficulté résolue, une autre se présente : l'augmentation du taux de la légitime doit-elle être restreinte aux descendants ou bien faut-il l'appliquer également aux ascendants et aux frères et sœurs légitimes ?

Trois systèmes sont en présence :

<sup>1</sup> Dans ce sens : Accarias. *Précis de dr. rom. t. 1*, p. 902, note 1. — Brocher. *Etude hist. et philos. de la lég.* p. 90. — Boissonade. *Histoire de la réserve héréditaire* p. 133. (a). — Cuënot : *Des droits de lég. et de rés.* p. 434. — Voici ce que dit M. Maynz, sur cette question : « On cherche en vain un principe certain qui puisse nous guider dans ce cas. Les juristes des pays où le droit romain est encore en vigueur, forcés de trouver un expédient, se sont livrés à des tentatives plus ou moins variées que nous nous dispenserons de relater, laissant, à l'imagination de nos lecteurs, la liberté de combler cette lacune. » *Cours de dr. romain t. III*, § 391, p. 384, note 12.

I. Dans le premier système, on soutient la négative : la légitime des ascendants et des frères et sœurs est du quart, comme elle l'était auparavant. En effet, dit-on, dans la préface et dans le chapitre premier de la Nouvelle XVIII, Justinien ne s'occupe que de la légitime des descendants et non pas aussi de celle des ascendants et des frères et sœurs ; il veut favoriser les enfants. La réforme ne se rapportant donc qu'à la légitime des descendants, celle des autres légitimaires reste soumise aux anciennes règles. De plus, ajoute-t-on, dans la Nouvelle LXVI, cet Empereur, en faisant allusion à l'élévation de la quotité de la légitime, ne parle que des descendants.

II. Dans un second système, on fait une distinction : l'augmentation profite aux descendants et aux ascendants, mais non pas aux frères et sœurs. Justinien décide expressément qu'elle ne s'appliquera qu'à ceux qui *ab initio antiquæ quartæ ratio de inofficioso lege decreta est*<sup>1</sup> ; or, les frères et sœurs n'avaient pas au début la *querelu* ; quant à eux, l'ancienne quarte reste donc en vigueur<sup>2</sup>.

III. Dans un troisième système, qui est le mien, on prétend que Justinien a voulu supprimer l'ancienne quarte d'une manière absolue, même à l'égard des ascendants et des frères et sœurs, qui dès lors pourront invoquer la nouvelle légitime, pourvu cependant qu'on ait préféré à ces derniers une *persona turpis*. — Cette opinion s'appuie :

1° Sur la phrase finale du chapitre I de la Nouvelle XVIII, ainsi conçu :

<sup>1</sup> Nouvelle XVI, cap. I, *in fine*.

<sup>2</sup> Voët. *Comm. ad. Pand. de inof. test.* 4, n° 6.

*Hoc observando in omnibus personis in quibus ab initio antiquæ quartæ ratio de inofficioso lege decreta est.*

Justinien veut donc que sa réforme s'applique à toutes les personnes qui, *ab initio*, ont le droit d'exercer la *querela*, quand elles sont exhéredées ; or, ce privilège, appartient, *ab initio*, aux ascendants et aux frères, aussi bien qu'aux descendants. Il est vrai, qu'à l'origine, la sœur n'était pas investie de ce droit : mais faut-il conclure de là, qu'elle ne profitera pas de l'élévation du taux de la légitime ? Evidemment non ; puisque Justinien met toujours la sœur sur la même ligne que le frère, on ne voit guère pourquoi il en serait différemment ici.

2° Dans la Nouvelle LXXXIX cap. XII, § 3, on lit :

*Si vero habuerint his quos prædiximus, aliquos ascendentium, legitimam eis reliquant partem, quam lex et vos constituimus...*

Justinien y décide, que le testateur, ayant des ascendants et des enfants naturels pourra, en laissant aux premiers la légitime telle *qu'il l'a déterminée*, donner aux seconds le reste de son patrimoine ; or, il ne s'est occupé de la part réservée aux proches parents et n'en a fixé la quotité que dans la Nouvelle XVIII ; donc en augmentant la légitime, Justinien avait en vue, non-seulement les descendants, mais aussi les deux autres ordres.

3° Dans la loi 35, au Code *de inof. test.* III, 28, nous voyons que le fils n'est pas considéré comme renonçant à l'action en complément, s'il a accepté purement et simplement des avantages faits à son profit par le testateur. Or, cette loi est conçue de la même manière que la Nouvelle XVIII : en effet, dans les deux premiers paragraphes, elle parle uniquement du fils ; mais dans le

dernier, elle ajoute que la décision qu'elle renferme devra s'appliquer non-seulement au fils, mais à toutes les personnes ayant le droit d'attaquer le testament :

*Quæ omnis sanctio suas radices extendat, non solum ad filium vel filiam, sed etiam ad omnes personas quæ de inofficioso querelam contra mortuorum ultima elogia possunt movere.* Or personne n'a osé soutenir que cette loi, ne s'occupant que du fils, devait être restreinte à l'ordre des descendants. Le § 3 s'oppose formellement, de l'avis de tout le monde, à une pareille interprétation. Eh bien ! s'il en est ainsi dans ce cas, il en doit être de même dans la Novelle XVIII, car les deux textes, je le répète, sont conçus de la même manière.

4° Une scholie des Basiliques vient confirmer cette opinion.

Τὸ πλάτος κατ' ὀΐξι καὶ παρακρατεῖ τοῦτο σχόλιον παλαιὸν, τοῦτο δὲ τὸ νόμιμον μέτρον ἤρξησεν ἐπὶ τῶν ἀνιόντων καὶ κατιόντων ἢ νεαρὰ ἐν τῷ ἀ κεφαλαίῳ ὁμοίως καὶ ἐπὶ ἀδελφῶν. Trad. *Integrior textus Novellarum habet quadrantis idque retinet scholium vetus : hanc portionem legitimam in descendantibus, ascendentibus fratribus auxit Nov. XVIII, cap I<sup>1</sup>.*

108. — La légitime des ascendants sera-t-elle toujours égale au tiers de la succession, ou bien pourra-t-elle être aussi de la moitié ?

Il faut distinguer deux hypothèses : 1° les ascendants sont seuls appelés à la succession *ab intestat*. 2° Ils concourent avec des frères et sœurs.

*Première hypothèse. Ascendants seuls.* Lorsqu'ils sont

<sup>1</sup> Fabrotus. *Basiliques*, p. 483. — Voy. dans le même sens : Accarias *op. cit. t. I*, p. 902. — Demangeat, *op. cit. t. I*, p. 753. — Brocher, *op. cit. p. 91*. — Boissonade. *op. cit.* 137. — Ortolan. *Expl. des Inst. t. II*, p. 510. — Maynz. *op. cit. t. III*, p. 384, note 11.

au premier ou au second degré, pas de difficulté, car leur nombre ne dépassant jamais le chiffre quatre, ils ne pourront réclamer que le tiers de la succession. Mais s'ils sont au troisième degré, il peut arriver qu'ils soient plus de quatre. Ainsi je suppose que le défunt laisse cinq bisaïeuls, deux du côté de l'aïeul paternel, un du côté de l'aïeule paternelle et deux du côté de l'aïeule maternelle : une hypothèse rare, sans doute, mais pas impossible. La légitime sera-t-elle du tiers ou de la moitié de l'hérédité ? Je pense que les bisaïeuls ne devraient élever de prétention que pour le tiers, puisqu'on ne concevrait pas que les enfants fussent obligés de laisser à leurs ascendants d'un degré plus éloigné une portion de biens plus forte que celle dont leurs père et mère auraient dû se trouver satisfaits, alors que l'affection envers les premiers est moins vive qu'à l'égard des seconds.

*Deuxième hypothèse. Les ascendants concourent avec les frères et sœurs.* Je suppose que le nombre des ascendants joint à celui des frères et sœurs soit supérieur à quatre ; il s'agit alors de savoir si la légitime sera d'un tiers ou d'une moitié ? La question est controversée. Certains auteurs se prononcent dans le dernier sens ; d'autres estiment, que dans ce cas la légitime sera d'un tiers, les frères et sœurs ne devant pas être pris en considération. D'autres enfin proposent une distinction : les ascendants et les frères et sœurs sont-ils institués dans le testament ? la légitime sera de la moitié ou du tiers, suivant que leur nombre dépasse ou ne dépasse pas le chiffre quatre. Les frères et sœurs sont-ils omis ? on sous-distingue alors : *l'extraneus* institué est-il une personne honorable ? les frères et sœurs ne comptent



pas, et la légitime sera du tiers; est-il au contraire une *persona turpis* ? les frères et sœurs font nombre et la portion réservée sera de la moitié.

Je préfère, quant à moi, la première opinion. Je démontrerai dans un instant que la nouvelle légitime, de même que l'ancienne, n'est qu'une portion de la part héréditaire *ab intestat*, or, pour déterminer cette part héréditaire, il faut nécessairement tenir compte de tous ceux qui sont appelés à la succession *ab intestat* ; donc pour fixer la quotité de la légitime, il faut également compter tous ceux qui ont une vocation héréditaire, et dans notre hypothèse, les ascendants et les frères et sœurs ; donc la légitime est de la moitié.

109. — J'arrive à une autre question très importante : la nouvelle légitime est-elle une part de la succession entière, ou bien est-elle, comme l'ancienne quarte, une fraction de la part héréditaire *ab intestat* ?

Le doute provient des expressions employées par Justinien, qui semble, au premier abord, avoir voulu s'écarter, en ce point, de l'ancien droit. Et voici l'intérêt de la question : un testateur dont la fortune s'élève à 12,000 laisse son père, qu'il institue pour 50, par exemple, et son frère qu'il inscrit héritier pour le reste. — Décide-t-on que la légitime est une part de la succession entière ? alors celle du père sera de 4000 (le tiers de 12,000) ; décide-t-on, au contraire, qu'elle est une fraction de la part héréditaire *ab intestat* ? alors le père ne pourra réclamer que 2,000, puisqu'à défaut de testament, il serait venu à la succession, en concours avec le frère et que chacun aurait recueilli 6,000.

« Le système de Justinien, dit M. Troplong, eut ce remarquable résultat que la légitime ne fut plus, comme

auparavant, une assignation personnelle réglée sur la part que chaque enfant aurait eue *ab intestat*, mais une quote des biens pris collectivement et en masse, *non portio portionis, sed quota bonorum* ; ce qui était fort différent, car dans le système de Justinien, la part des renonçants accroissait aux autres enfants, tandis que dans le système précédent, elle accroissait à l'héritier institué<sup>1</sup>. »

A mon avis, la légitime de la Novelle XVIII n'est qu'une fraction de la part héréditaire *ab intestat*, et non pas une part de la succession entière. Voici quelles sont les raisons qui me décident à adopter cette opinion.

1° Justinien, dans ses constitutions antérieures à la Novelle XVIII, déclare formellement que la légitime est une portion de la part héréditaire. En effet on lit *a)* dans la loi 31 Code de *inof. est.* III, 28 : *sed quod deest legitimæ portioni, id est quartæ parti scilicet ab intestato successionis tantum repleatur.* *b.)* dans la loi 20. Code de *collationibus* VI, 20. : *omnia quæ in quartam portionem ab intestato successionis computentur...* *c)* dans la Novelle I, cap. I § 1... *tantum accipiat solum quantum lex ei dare secundum quartam ab intestato partem concedit.* Tous ces textes prouvent que Justinien, confirmant le droit classique sur ce point, considérait la portion réservée aux proches parents comme une fraction de leur part héréditaire *ab intestat*. Eh bien ! dans la Novelle XVIII en a-t-il changé la nature ? Pas le moins du monde. Dans cette Novelle, il ne se proposait d'autre but que d'élever le taux de l'ancienne légitime qu'il estimait trop inférieur et de le faire dépendre du nombre des héritiers appelés en bénéfice,

<sup>1</sup> Troplong, *Commentaire du titre des donations et testaments*, n° 742, tome, II.

voilà tout ! Ceci résulte non seulement de la préface de la Novelle XVIII, mais aussi de la Novelle XXXIX, cap. I où l'empereur nous dit : *quam obrem præsentem ponimus legem, omnia quidem alia prioris a nobis positæ constitutionis rata manere volentes : hac vero innovantes solummodo....* et il indique ensuite la nouvelle quotité de la légitime.

2° Comment croire que Justinien ait fait subir à l'ancien droit un changement aussi important, sans nous prévenir, lui surtout qui avait l'habitude lorsqu'il innovait, de faire ressortir avec emphase les motifs et les avantages de sa détermination.

3° Voyez à quel résultat on arrive dans l'opinion de M. Troplong. Je suppose qu'un testateur laisse son père et trois frères et un patrimoine de 12,000. S'il était mort *intestat*, la part héréditaire de ces héritiers serait de 3,000 ; mais comme il a fait un testament, le père ne pourra réclamer que sa légitime. Quel en sera le montant ? En décidant qu'elle doit se calculer sur la succession entière, la légitime sera de 4,000, c'est-à-dire supérieure à la part héréditaire *ab intestat*, ce qui est inadmissible.

4° Mais on fait une objection au système que je défends. Justinien décide dans la Novelle XVIII que le testateur devra laisser à ses enfants soit *tertiam propriæ substantiæ partem* soit *mediam totius substantiæ partem* ; or, l'expression *totius substantiæ*, *περὺς* en grec, signifie : tout le patrimoine, tous les biens, la succession ; dès lors *tertia* ou *media pars totius substantiæ* veut dire, le tiers ou la moitié de la succession entière, donc la légitime n'est plus, comme auparavant, une fraction de la part héréditaire *ab intestat*. — Mais si Justinien a parlé d'une quote part de l'hérédité, c'est très probablement

parce qu'il est parti de l'hypothèse la plus vraisemblable, qu'il n'y aurait pas d'héritier indigne et que tous les légitimaires feraient valoir leurs droits. « Divers documents, ajoute M. Brocher, paraissent établir que, partant de cette hypothèse, il se servait indifféremment d'expressions pouvant se rapporter à la succession entière ou à la part héréditaire de chaque héritier. (Inst. II, 18, § 6. comp. à Inst. II, 18, § 3) <sup>1</sup>. »

**110.** — Ce dernier système, une fois admis, entraîne les deux conséquences suivantes :

a) Il faut tenir compte, pour fixer la légitime, de tous ceux qui seraient venus à la succession *ab intestat*, si le testateur était décédé sans tester. Ainsi il faut compter, non seulement les enfants injustement exhérédés ou omis qui exercent ou peuvent exercer la *querela*, et ceux qui sont pourvus de leurs droits par le testament ou qui sont eux-mêmes institués héritiers, mais aussi ceux qui ont renoncé soit à la *querela* soit à la légitime, dont ils étaient pourvus ou dont ils pouvaient se faire pourvoir par l'action en complément, de même que ceux qui n'ont pas la *querela* parce que leur exhérédation s'explique par de justes motifs <sup>2</sup>.

b) Lorsque l'un des légitimaires renonce à sa légitime, sa part accroît, non pas aux autres enfants, mais à l'héritier institué ; en d'autres termes il n'y a pas lieu ici au *jus accrescendi*, puisque chacun d'eux n'a de vocation

<sup>1</sup> Brocher. *Etude histori. et philos. sur la légitime*, p. 91, et suiv. Ajoutez les autorités citées par ce savant auteur. — Puchta : *Pandekten* (7<sup>ter</sup> Auf. Leipzig, 1833,) p. 680.

<sup>2</sup> Si le fait d'ingratitude qu'on impute aux enfants privés de la *querela* est de telle nature qu'il les ferait écarter même de la succession *ab intestat*, alors ils ne devront pas compter pour la fixation de la légitime.

qu'à sa portion et non pas aussi à celle de ses cohéritiers. Il n'est pas exact de dire, ainsi que le font MM. Troplong et Boissonade, que la légitime, étant attribuée, depuis la Novelle XVIII, collectivement aux enfants, comportera désormais accroissement entre tous les ayants droit<sup>1</sup>. En effet, Justinien n'a pas changé le caractère individuel de la légitime, puisque après en avoir fixé la quotité, il ajoute :

..... *Si vero ultra quatuor habuerunt filios, mediam eis totius substantiæ relinqui partem, ut sexuncium sit omnino quod debetur, singulis ex exæquo quadriuncium vel sexuncium dividendo.*

Or ce mot *dividendo* se rapporte au législateur, c'est lui qui d'office et d'une manière générale opère la répartition<sup>2</sup>; dès lors comment admettre que la légitime soit attribuée collectivement? De plus dans la Novelle XCII cap. I, Justinien, supposant qu'un père a fait une donation considérable à un de ses enfants, décide que le donataire, pourra garder cette donation pourvu que le père ait laissé aux autres enfants, la légitime telle qu'elle avait été avant la donation; en d'autres termes, il pourra garder la portion disponible, en y ajoutant sa part dans la légitime, peu importe qu'il renonce ou accepte l'hérédité de son père. Ceci montre bien que la légitime n'a pas un caractère collectif, car s'il en était ainsi, Justinien aurait dit qu'il pouvait garder la donation, mais à la condition d'en déduire la légitime entière.

**111.** — Dans le chapitre III de la Novelle XVIII, l'em-

<sup>1</sup> Troplong, *op. et loc. cit.* — Boissonade ; *Hist. de la réserv. héréd.* p. 432 et suiv.

<sup>2</sup> M. Labbé : *De la manière de calculer la réserve* n° 24.



pereur signale une répartition injuste du patrimoine ; il a remarqué, en certains testaments, que l'usufruit de l'entière hérédité est laissé à l'épouse et la nue propriété aux enfants ; il condamne cette répartition, parce qu'elle enlève aux enfants les aliments nécessaires à leur subsistance et fait dépendre leur nourriture de tous les jours du caprice d'une femme. Il veut que désormais la légitime soit laissée en pleine propriété, *si vult filiorum non repente fame morientium sed vivere valentium vocari pater*.

## SECTION II

## Nouvelle CXV.

SOMMAIRE : 112. Division de la Nouvelle CXV. — 113. Des justes causes d'exhérédation ou d'omission à l'égard des descendants. — 114. Des justes causes d'omission des ascendants et des frères et sœurs. — 115. L'indication des justes causes est limitative. — Réfutation de l'opinion de M. Vangerow. — 116. Obligation de mentionner expressément dans le testament la juste cause d'exhérédation ou d'omission. — 117. Cette mention n'est pas exigée pour les frères et sœurs. — 118. La preuve de l'exactitude de la cause incombe à l'institué. L'ancien droit reste en vigueur, sur ce point, à l'égard des frères et sœurs. — 119. Sanction de ces diverses obligations ; controverse ; quatre systèmes : le système de la nullité absolue, de la nullité relative, de l'inofficiosité, le système mixte. Exposition. — 120. Obligation d'instituer les descendants et les ascendants. — 121. La même obligation n'existe pas à l'égard des frères et sœurs. — 122. Effets de la *querela* : l'institution seule est annulée ; les legs, fideicommiss, etc. reçoivent leur exécution. — 123. *Quid* des substitutions ? — 124. Les dispositions testamentaires sont-elles annulées lorsque les frères et sœurs exercent la *querela* et obtiennent gain de cause ? Controverse. — 125. Depuis la Nouvelle CXV, l'omission d'un *suus* entraîne-t-elle comme autrefois la nullité radicale du testament ? Controverse ; exposition des systèmes.

**112.** — La Novelle CXV, datée de 541 et adressée, comme bien d'autres, à *Aug. Theodato, Orientalium sacrorum prætoriorum præfecto*, se divise en six chapitres : dans le premier, Justinien décide, que lorsqu'une sentence définitive a été rendue dans quelque cause et que l'appel en a été ensuite interjeté, les juges, qui connaissent de l'appel, devront terminer le procès d'après les lois en vigueur au moment de la sentence définitive<sup>1</sup>. — Dans le deuxième chapitre, il ordonne que lorsque une partie a fourni tous ses moyens et que l'autre partie déclare en avoir encore à produire, le juge de la cause devra contraindre celle-ci à proposer, sans aucun retard, toutes les exceptions, dans les trente jours après que l'autre partie aura proposé les siennes. — Le troisième, quatrième et le *principium* du cinquième chapitre s'occupe des droits des légitimaires ; le § 1 de ce dernier chapitre contient la prohibition faite aux créanciers de la succession, d'inquiéter les héritiers du défunt avant l'expiration des neuf jours de son décès. Enfin le sixième, se réfère à la *pecunia constituta*.

**113.** — Les modifications, que cette Novelle apporte dans notre matière, sont relatives aux causes d'exhérédation ou d'omission des légitimaires, au titre auquel la légitime doit être laissée, et aux effets de la *querela inofficiosi testamenti*. On conjecture que Justinien

<sup>1</sup> La Novelle CXV fut promulgué à l'occasion d'un procès entre l'évêque Eustathios et le diacre Pistus, procès dans lequel le gouverneur de la province avait rendu la sentence définitive. Quelque temps après, on interjeta appel ; mais les juges saisis de l'affaire, ne sachant pas s'il fallait juger d'après les lois en vigueur au moment où la sentence fut rendue ou bien d'après celles promulguées postérieurement, consultèrent l'Empereur qui se prononça dans le premier sens.

fut amené à changer les règles antérieures, à la suite d'un procès qu'il eut à juger. Une fille, nommée Pulchérie, d'une conduite irréprochable envers ses parents, avait été omise par sa mère dans son testament, pour les biens tant paternels que maternels. Mais ayant été constaté que cet acte n'avait été que l'œuvre de manœuvres frauduleuses de la part de certaines personnes, l'Empereur défendit qu'il produisît son effet, et, par une sentence écrite, il ordonna que la fille fût héritière, au lieu et place de l'institué.

A. *Des justes causes d'exhérédation ou d'omission à l'égard des descendants.* Nous avons vu, qu'à l'époque classique, les justes causes d'exhérédation ou d'omission n'étaient pas en principe déterminées, et que l'appréciation en était laissée au tribunal très respecté des Centumvirs, qui, prenant en considération les circonstances, la conduite du *querelans*, et les devoirs du testateur, jugeaient souverainement, mais aussi arbitrairement les torts imputables au légitimaire. Cet arbitraire disparaît au Bas-Empire. Justinien se propose d'éviter aux descendants et aux ascendants la honte de l'exhérédation ou de l'omission :

*Sola enim est nostræ serenitatis intentio a parentibus et liberis injuriam præteritionis et exheredationis auferre*<sup>1</sup>.

A cet effet, dans les chapitres trois et quatre de la Nouvelle CXV, il détermine limitativement les justes causes d'exhérédation ou d'omission à l'égard des descendants et des ascendants, de sorte que désormais le testateur ne pourra exhéréder ou omettre son enfant ou son père que s'il peut justifier l'exclusion par un des

<sup>1</sup> Nouvelle CXV, cap. V, pr.

faits d'ingratitude énumérés dans la Novelle. Les justes causes sont au nombre de quatorze pour les descendants ; les voici : 1° si l'enfant a porté la main sur son ascendant ; 2° s'il s'est rendu coupable envers lui d'une injure grave ; 3° s'il a porté contre lui une accusation capitale. Toutefois cette cause cesse d'être légitime, s'il s'agit d'un crime de lèse-majesté ou d'un crime contre la sûreté de l'Etat ; 4° s'il vit associé avec des malfaiteurs ; 5° s'il a attenté par le poison ou autrement à la vie de son ascendant ; 6° s'il a eu avec la femme ou la concubine de son ascendant des relations illicites ; 7° si par sa délation, il lui a fait subir un dommage grave ; 8° s'il a refusé de se porter fidéjusseur pour l'ascendant retenu en prison pour dettes. Cette cause d'exhérédation ou d'omission ne sera pas admise comme suffisante, quand il est prouvé qu'au moment où l'ascendant subissait l'incarcération, le descendant n'était pas capable de se porter caution pour la somme demandée. Par application du S. C. Velleien qui défend aux femmes de s'obliger pour autrui (*intercedere*), cette cause d'exhérédation ne s'applique qu'aux descendants mâles. 9° S'il a voulu empêcher l'ascendant de tester. Cette cause d'ingratitude n'est applicable qu'autant que l'ascendant, après avoir recouvré sa liberté, est mort laissant un testament, dans lequel il a exhéredé ou omis son enfant. Si, dans ce cas, il est mort sans testament, il est réputé avoir pardonné et le descendant recueille l'hérédité *ab intestat*. L'ascendant, au contraire, est-il mort *intestat* sans avoir recouvré sa liberté, Justinien décide, d'après la constitution des empereurs Dioclétien et Maximilien <sup>1</sup> que l'enfant est déclaré indigne, et par

<sup>1</sup> L. 2, C. *si quis aliq. test. prohib.* VI, 34.

conséquent, on attribue l'hérédité à ceux qui y ont droit *ab intestat* ou à ceux qui prouvent que le défunt avait l'intention de les instituer héritiers ; 10° si l'enfant a embrassé la profession de gladiateur ou de comédien contre la volonté de l'ascendant, à moins que ce dernier ne fût lui-même de cette profession. 11° Si la fille mineure que l'ascendant a voulu marier et doter s'est livrée à la débauche ; mais si la fille a atteint l'âge de 25 ans sans que les parents se soient occupés de la marier convenablement, elle ne pourra pas être accusée d'ingratitude, si elle a vécu dans le libertinage ou si elle s'est mariée à sa guise. 12° Si l'enfant avait abandonné l'ascendant atteint de démence. Si une personne étrangère recueille le fou et le soigne par charité, Justinien veut qu'elle interpelle par écrit les héritiers *ab intestat* ou ceux institués dans un testament fait avant la folie, pour qu'ils aient à se charger du soin de leur parent ; dans le cas où ils refusent, ils seront écartés de la succession de l'insensé et l'étranger y prendra leur place ; si le fou laisse un testament, l'institution seule sera annulée, les autres dispositions conserveront leur force. 13° Si l'enfant n'a pas racheté l'ascendant de sa captivité : si l'ascendant en revient, il est libre de pardonner ; s'il meurt chez les ennemis, ses biens sont enlevés aux héritiers indignes et donnés à l'église de la ville où il est né ; un inventaire authentique en est dressé, et ils seront employés au rachat des captifs. Cette cause légitime d'exhérédation ne s'applique pas aux héritiers mineurs de 18 ans, et pourvu qu'il ait 18 ans, l'héritier peut emprunter et hypothéquer, tant ses propres biens que ceux du captif pour se procurer les moyens d'effectuer le rachat de son ascen-



dant, et le prisonnier de retour sera tenu de remplir ces engagements ; 14° si le descendant de parents orthodoxes s'est converti à une secte hérétique. — Ces quatorze causes légitimes d'exhérédation ou d'omission ont été renfermées dans les vers mnémoniques suivants :

Filius exheres esto : 1° si verbere patrem  
 Læserit ; 2° Aut verbis si violentus erit ;  
 3° Criminis accusat si coram plebe parentem ;  
 4° Misceat aut turpi dira venena manu  
 5° Divitiis dederit si damnum grande parentis  
 6° Nec coram haud sana mente parentis agat,  
 7° Inter colluvium si gaudet ire malorum  
 8° Aut patrium vetito scandat amore eorum  
 9° Si pro patre fidem non interponat ; 10° Eumdem  
 Atroce nec variis liberet hoste modis ;  
 11° Si vetet auctoritatem testari sanguinis ; 12° Adsit  
 Si levibus mimis quos vel arena juvat  
 13° Et sanctis veterum si degeneraverit aris  
 14° Filia, si quæstum corpore spreta facit<sup>1</sup>.

**114.** — Les causes légitimes pour les ascendants sont : 1° S'ils ont accusé leur descendant d'un crime capital, à moins que l'accusation n'ait eu pour objet un crime de lèse-majesté. 2° S'ils ont dressé des embûches à sa vie par le poison ou de toute autre manière. 3° Si l'ascendant a eu des liaisons illicites avec la femme ou la concubine du testateur. 4° S'il a empêché ou voulu empêcher le descendant de tester. 5° Si l'un des ascendants attente à la vie de son conjoint, les enfants peuvent valablement exhéredier le coupable. 6° Si l'ascendant n'a pas eu soin de son descendant devenu fou. 7° Si l'a laissé

<sup>1</sup> Hilliger sur Doneau lib. VI, cap. XII, note 12.

en captivité, quand il pouvait le racheter. 8° Si l'ascendant d'un enfant orthodoxe se rend coupable d'hérésie.

Ces causes légitimes d'omission pour les ascendants, ont été résumées dans les vers suivants :

- 1° Si capitis natum pater accusaverit. 2° Ejus  
Aut vitæ insidias clàmve palàmve struat.  
3° Si vetuit cupidum secreta novissima mentis  
Prodere. 4° Nec veritus sit temerare nurum  
5° Si pater et genitrix sibi, fata, sede lesta minentur  
6° Fulcra nec ad nati clausa furenti eant  
7° Filius auxilio si non patris hostica linquit  
Lumina. 8° Si genitor numen inane colat<sup>1</sup>.

**115 bis.** — Dans le chapitre 47 de la Novelle XXII, Justinien indique les justes causes d'omission des frères et sœurs ; elles sont au nombre de trois :

Les frères et sœurs peuvent être omis et n'ont pas droit à la *querela*, quoiqu'on ait institué des *personæ turpes* ; 1° quand ils ont attenté à la vie du testateur ; 2° quand ils ont porté contre lui une accusation criminelle ; 3° quand ils ont tenté de lui faire éprouver un grand dommage de fortune. A ces trois motifs je dois ajouter le cas où le frère, fou ou captif, avait été abandonné par ses frères ou sœurs, qui avaient les moyens de le soigner ou de le racheter. Ces deux dernières causes sont mentionnées dans le chapitre III de la Novelle CXV § 12 et 13.

**115.** — L'énumération des justes causes d'exhérédation ou d'omission est évidemment limitative. Voici comment Justinien s'exprime à cet égard :

*Ideo necessarium esse nominatim perspeximus eas præsentī lege comprehendere, ut præter ipsas nulli liceat ex*

<sup>1</sup> Hilliger sur Doneau. *Ibidem*.

*aliâ lege ingratitudinis causas opponere, nisi quæ in hujus constitutionis serie continentur*<sup>1</sup>.

Ainsi l'empereur veut exclure toute cause d'exhérédation ou d'omission autre que celles qui sont textuellement prévues par la Novelle, des actes d'ingratitude qui n'auraient avec ceux que j'ai mentionnés des analogies plus ou moins frappantes ne sauraient justifier l'exclusion d'un légitimaire. Cependant M. Vangerow n'admet pas cette manière de voir. D'après cet auteur, le texte précité, pris à la lettre, signifie tout simplement que le testateur doit emprunter ses motifs d'exclusion uniquement à la Novelle CXV et non à d'autres lois. Sans doute, le testateur ne peut invoquer à l'appui de l'exhérédation ou de l'omission d'un légitimaire ni des motifs très généraux, tels que l'ingratitude ou l'inconduite de ce légitimaire, ni des motifs tout à fait différents de ceux qui sont énumérés par la Novelle; mais il est libre d'invoquer des motifs qui présentent avec ceux que mentionne la Novelle des analogies certaines. Ainsi le descendant peut être exhéredé non seulement si, comme le prévoit le texte (6°), il n'a pas cautionné l'ascendant pour le faire sortir de la prison, mais encore s'il a lui-même provoqué l'emprisonnement de son ascendant<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Pr. ch. III. Novelle CXV.

<sup>2</sup> « Aus den ganzen Tendenz des Gesetzes, dit M. Vangerow, « nämlich und besonder daraus, dass der Kaiser, wie er selbst sagt, « nominatim, die einzelne Ursache anfuhr, geht mit Entschiedenheit « hervor, dass die all gemeine *ratio* derselben (Urdankbarkeit gegen « den Erblasser und schlechter verächtlicher Lebenswandel) nicht « zu Ausfstellung neuer Enterbungsgründe benutzt, dass also die « Zath der im Gesetzte aufgeführten nicht vermehrt werden darf. « Keinesweg aber ist damit auch die analoge Ausdehnung eines « einzelnen Gesetz genannten Enterbungs grundes ausgeschlossen, « sondern dieser muss allgemeinen Regeln nach unbedingt gestattet

Je repousse sans hésitation l'opinion du savant romain allemand ; son système me paraît défectueux parce qu'il fait naître précisément l'arbitraire contre lequel l'empereur a voulu réagir : l'analogie ou le degré de gravité seraient appréciés différemment, suivant les individus. Il faut remarquer que Justinien procède par voie d'énumération, c'est assez dire qu'il entend poser des règles restrictives <sup>1</sup>.

**116.** — En ce qui concerne les causes d'exhérédation ou d'omission des descendants et des ascendants, Justinien ne se borne pas de les déterminer limitativement, il exige aussi que le testateur en fasse la mention expresse, que, dans chaque cas, il précise celle qui a entraîné sa décision rigoureuse.

*Nisi ipsa nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento ; nisi causas quas enumeravimus in suis testamentis specialiter nominaverint* <sup>2</sup>.

**117.** — La Novelle XXII n'exige pas pour les frères et sœurs la mention de la cause de l'omission, et je ne pense pas que la Novelle CXV, prescrivant cette mention pour les descendants et les ascendants, ait voulu faire une règle générale, qu'il faille étendre hors des cas qu'elle prévoit.

Pour que l'exhérédation ou l'omission soit valable, le

« werden, und so ist es wohl, Keinen gegründeten Zweifel unterworfen, dass der 6<sup>ten</sup> Enterbungsgrund cap. III, auch auf den Fall « zu beziehen ist, wenn der Sohn mit seinen leiblichen Mutter « Blutschade treibt, dass der achte auch den Fall begreift wenn der « Ascendent auf das Anstiften des Sohnes ins Schuldgefängniss « Kommt » *Lehrbuch der Pandkten* t. II, § 484, II, B. p. 287 (éd. 1862) Voyez aussi Voët *Comm. ad Pand. ad tit. de inof. test.* V, 2 n° 24. — Vinnius. *Comm. ad Inst.* II, 18 pr.

<sup>1</sup> Comp. Brocher : *Etude histor. et philos. sur la lég.* p. 95.

<sup>2</sup> Pr. Cap. III ; Pr. cap. IV, Nov. CXV.

motif doit avoir existé avant la confection du testament. Le pardon pour être pris en considération doit avoir été accordé également avant le testament ; car le testateur qui ne refait pas l'acte où il a prononcé l'exhérédation n'a pas pardonné sérieusement.

**118.** — Dans l'ancien droit, le plaignant (et d'après l'opinion que j'ai adopté, il importait peu qu'il fût ascendant ou descendant) le plaignant, dis-je, devait prouver qu'il n'avait pas mérité l'offense que le testateur lui infligeait. Justinien veut, au contraire, qu'en cas de contestation, l'exactitude de la juste cause soit établie par l'institué lui-même, décision assez raisonnable, puisque désormais la preuve à fournir porte sur un fait absolument précis :

*Si ingratitudinis causam parentes in testamento inseruerint et scripti heredes veram esse monstraverint, testamentum suam firmitatem habebit* <sup>1</sup>.

Quant aux frères et sœurs, l'ancien droit reste sur ce point en vigueur, puisque la Novelle CXV ne parle que des descendants et des ascendants et que ni la Novelle XXII, ni aucun autre texte ne l'a modifié en leur faveur. Ils devront donc prouver que l'institué est une *persona turpis* et qu'ils n'ont pas mérité l'exclusion dont ils sont frappés.

**119.** — J'aborde une question fort délicate : c'est celle de savoir quelle est la sanction des obligations que la novelle CXV impose au testateur ? Je suppose que celui-ci a exhéredé ou omis son descendant, sans indiquer le motif qui l'a porté à l'exclure de sa succession, ou bien que la cause d'exclusion ne figure parmi celles que déter-

<sup>1</sup> Ch. III, Nov. CXV, § 14.



mine celle de la Nouvelle, ou bien encore que la cause n'est pas conforme à la vérité. Que devient le testament ?

La réponse se trouve dans le chapitre IV de la Nouvelle CXV :

*Si autem hæc omnia non fuerint observata, nullam vim hujus modi testamentum quantum ad institutionem heredum habere sancimus ; sed rescisso testamento eis qui ad intestato ad hereditatem defuncti vocantur res, ejus dari disposuimus* <sup>1</sup>.

Telle est la réponse donnée par Justinien ; mais les interprètes sont loin de s'accorder sur la manière dont il faut l'entendre. Aussi existe-t-il sur ce point une vive controverse, et un grand nombre de systèmes ; je me bornerai à indiquer les trois principaux : le système de la nullité de l'*inofficiosité*, le système *mixte*.

I. *Système de la nullité* : Dans ce système, on soutient que la sanction consiste dans la nullité totale et originaire des institutions d'héritiers ; elles sont inexistantes de plein droit, et les héritiers du sang n'ont plus qu'à faire valoir, à l'aide de la simple *petitio hereditatis* leurs droits à la succession *ab intestat*. Quant à la *querela inofficiosi testamenti*, elle devient inutile. L'action que le légitimaire intentera et que l'on désigne sous le nom de *querela inofficiosi ex jure novo* ou d'*actio nullitatis ex jure novo* n'est donc autre chose que la pétition d'hérédité ordinaire, elle ne s'éteint plus par un délai de cinq ans, mais par trente ans, elle n'a plus le caractère

<sup>1</sup> Voici le texte grec : εἰ δὲ ταῦτα μὴ παραφυλαχθεῖν, μηδεμίαν δύνανται τὴν τοιαύτην διαθήκην, τὸ γε εἰς τὴν ἔνστασιν τῶν κληρονόμων, ἔχει δεσπόμεν· ἀλλὰ ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης, τοὺς ἐξ ἀδιαθέτου εἰς τὴν τοῦ τελεντήσαντος κληρονομίαν καλοῦμεν καὶ πρὸς αὐτοὺς τὰ ἐκείνου πράγματα διδοσθαι διατυπούμεν.

d'*actio vindictam spirans*, et se transmet d'après les règles ordinaires. De plus le légitimaire qui n'obtient pas gain de cause, ne perd plus, comme dans la *querela* les avantages que le testateur avait faits à son profit. Tel est en un mot le système qu'on appelle le *système de la nullité* et qui triomphe en Allemagne ; il est enseigné, en effet, par la presque unanimité des auteurs. — Voici maintenant quels sont les arguments qu'ils invoquent :

1° Le chapitre IV, *in fine*, est ainsi conçu : *nullam vim hujus modi testamentum habere sancimus*. Ces expressions signifient bien que le testament est nul et qu'il y a lieu à l'ouverture de la succession légitime. Justinien ne dit pas que le testament pourra être attaqué et annulé, mais qu'il n'aura aucune force, c'est-à-dire qu'il sera nul.

2° L'empereur édicte certaines prohibitions dans sa Novelle CXV ; il veut qu'on les respecte, et que celui qui y contreviendra, soit puni ; la peine doit consister naturellement dans la nullité des dispositions qui violent ces prohibitions <sup>1</sup> : *hoc est ut ea quæ lege fieri prohibentur si fuerint facta non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est*. Justinien se propose d'assurer aux légitimaires l'honneur de l'institution, il ne fait l'énumération des justes causes d'exhérédation ou d'omission que pour permettre au testateur, dans certains cas déterminés, de priver de cet honneur le légitimaire ingrat. Il édicte en réalité une règle de forme, n'est-il donc pas naturel que l'acte qui

<sup>1</sup> Bluntscheli : *Entwicklung der Erbfolge*, p. 215 dit : « Wird seinem « Verbot nicht gehorcht, so sole zur strafe des Ungehorsams die « ganze Erbeinsetzung nicht gelten... Seinen verbotnen Handlungen « sind ungültig ».

ne la respecte pas, soit déclaré nul de plein droit?

Les partisans de ce système se divisent, lorsqu'il s'agit de savoir par qui pourra être invoquée la nullité? Vangerow, Thibaut, Keller <sup>1</sup> soutiennent que la nullité est absolue et qu'elle peut être invoquée non seulement par le légitimaire exclu, mais aussi par tous les autres héritiers qui seraient venus à la succession *ab intestat* si le défunt n'avait pas fait le testament, même par ceux qui n'ont point la qualité de légitimaire. C'est la conséquence forcée de l'idée que le testament était nul, le *decurjus* est réputé mort *intestat*. C'est le système désigné sous le nom de *système de la nullité absolue*. — D'autres auteurs *Bluntscheli, Franke, Mühlenbruch* <sup>2</sup> pensent au contraire que la nullité ne devra être invoquée que par le légitimaire lésé, par les descendants, ascendants frères et sœurs; si donc, le seul lésé ou si tous les lésés s'abstiennent d'attaquer le testament, il reste indubitablement valable. En effet, dit-on, Justinien déclare que : *si hæc observata non fuerint, nullum exheredatis liberis præjudicium generari*. C'est le système de la *nullité relative*.

Pour ma part, je n'admets ni l'un ni l'autre de ces systèmes; cependant si je devais en choisir un, je préférerais le premier; les conséquences qu'on en tire me pa-

<sup>1</sup> Vangerow. *Lehrbuch der Pandekten* § 485. *Anm. I.* — Thibaut : *System des Pandekten-Rechts* § 819. — Keller : *Pandekten* § 513. — Voyez dans le même sens : Marezoll : *Droit privé des Romains*, traduit par Pellat (1852), § 210, p. 552. — M. Accarias. *Précis de droit rom.* 4<sup>e</sup> édit. (1886), t. I, p. 967.

<sup>2</sup> Bluntscheli *op. et loc. cit.* — Franke *Das Recht der Notherben* § 23. — Mühlenbruch. *Continuation de Glück*. t. 37, p. 298. — Voyez aussi Arndts *Lehrbuch der Pandekten* § 599. — Brocher. *Etude philos. et hist. sur la lég.* p. 97. — Rivière : *Traité des successions à cause de mort*, § 34, p. 223.

raissent plus conformes à l'idée d'une nullité de plein droit que celles qui découlent du second. Quant au passage précité qu'on oppose, je répondrais qu'il n'a pas la prétention (comme il semble au premier abord, quand on le considère isolément) d'indiquer quelles sont les personnes qui peuvent se prévaloir de la nullité, mais qu'il pose simplement un principe qui se trouve développé dans la suite du texte. Ce principe est le suivant : dans le cas d'inobservation des règles prescrites par la Nouvelle, les enfants ne doivent subir aucun préjudice ; à cet effet, ajoute le texte, ils recueilleront, chacun, une portion virile de l'hérédité, comme s'ils venaient à la succession *ab intestat* : *testamento evacuato ad parentum hereditatem liberos tanquam ab intestato ex æque parte pervenire*<sup>1</sup>.

II. *Système de l'inofficiosité*. Dans un autre système on soutient que le testament est simplement inofficieux, que l'institution d'héritier n'est pas nulle de plein droit, mais annulable, que le légataire lésé devra le faire rescinder, et à cet effet, exercer l'ancienne *querela inof. test.*, qui subsiste dans la législation des Nouvelles, sinon avec tous les effets, du moins avec tous les caractères que les juriseconsultes classiques lui ont attribués. Ce système, qui remonte à Bulgare<sup>2</sup>, et qui est connu sous le nom de *système de l'inofficiosité*, domine en France ; c'est celui que j'adopterai pour mon compte. Voici

<sup>1</sup> Nov. CXV, cap. III, § 14.

<sup>2</sup> Bulgarus est l'un des quatre principaux glossateurs (Martinus, Jacobus, Hugo), connus sous le nom des *Quatre Docteurs*. On attribue à Irnerius un distique dans lequel ils sont appréciés de la manière suivante :

*Bulgarus* os aureum ; *Martinus* copia legum  
Mens legum est *Hugo*, *Jacobus* id quod ego.

les arguments qui servent d'appui à cette doctrine :

1° Le passage de la Novelle CXV, que j'ai reproduit au commencement de cette discussion, renferme les mots : *rescisso testamento* (τῆς διαθήκης ἀναδρεπούμενης) ; or, le testament n'est rescindé que par la *querela inof. test.* Ces expressions ne se comprendraient pas si le testament était nul de plein droit, car ce qui est nul, inexistant, ne peut être rescindé. Mes adversaires prétendent que c'est par pure inadvertance qu'elles ont été employées et que dès lors il ne faut leur attribuer aucune importance. Mais, au contraire, elles sont très importantes, car elles précisent la pensée du législateur qui était douteuse dans la phrase qui les précède. J'ai déjà dit ailleurs, Justinien ou du moins les rédacteurs de ses lois savent ce qu'ils disent et connaissent le droit de leur temps ; s'ils se sont servis de ces expressions, c'est qu'évidemment la *querela* était l'action à laquelle devait recourir le légitimaire lésé. Puis comment admettre qu'elles ont été écrites par inadvertance quand nous les retrouvons à la fin du chap. III de la Novelle CXV : *non rescissum testamentum* (μὴ ἀνατραπέϊσα) et que un peu plus haut, on nous dit *evacuato testamento* (τῆς διαθήκης συγρομένης) ? N'est-ce pas la même idée ? On objecte que Justinien déclare : *nullam vim testamentum habere...* Mais c'est exagérer, je crois, la portée de ces termes que d'y voir une nullité de plein droit : des expressions semblables ont été de tout temps employées, pour désigner la rescision obtenue pour moyen de l'ancienne *querela inof. test.* ainsi dans le frag. 28, Dig. v. 2. Paul dit : *nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet.* Pourtant personne n'a osé soutenir que le testament était inexistant.



2° L'ancien droit a-t-il été expressément modifié sur la question qui nous occupe? Assurément non. La Nouvelle CXV a pour but de mettre les enfants et les parents à l'abri des torts que pourrait leur causer le testament de leurs ascendants et descendants : *Hæc autem disposuimus ut et parentes et liberos a testamentorum, injuria liberos reddamus* (ἀπὸ τῆς τῶν διαθηκῶν ὕβρεως ἐλευθερώσωμεν.....) et encore plus bas : *Sola enim est nostræ severitatis intentio a parentibus et liberis injuriam præteritionis et exheredationis auferre* (τὴν ὕβριν τῆς πραετεριπτιονος καὶ εξερεδατιονος ἀνελεῖν). Elle prescrit donc l'institution à titre d'héritier, elle précise rigoureusement les causes d'exclusion et ordonne que le testament indique la cause dont la réalité doit être prouvée par l'héritier qui a été institué au préjudice du légitimaire. Mais la Nouvelle ne contient rien de plus. Si elle faisait disparaître l'ancienne *querela*, Justinien n'aurait pas manqué de constater, avec son emphase ordinaire, l'abrogation d'une institution qui subsistait depuis des siècles.

3° Quel est le fondement des dispositions contenues dans la Nouvelle CXV? Ce fondement, c'est l'intérêt exclusif des légitimaires, or, l'opinion précédente est contraire à ce point de vue, car elle favorise les héritiers quelconques.

4° La mère n'exhérède pas ; n'ayant jamais d'héritiers siens, elle ne peut ôter à ses enfants une qualité qu'ils n'ont point. Pour les écarter, il suffit de ne pas les appeler. « Leur omission n'étant qu'un défaut d'institution, on ne voit pas, dit M. Du Caurroy, comme le silence de la testatrice pourrait avoir été soumis à des formes quelconques. En effet, l'exhérédation, les formes qui la régissent, la nullité que prouve le droit civil, et la pos-

*sessio contra tabulas* sont exclusivement relatives au testament paternel. S'il en était ainsi de la Novelle CXV, on pourrait admettre qu'elle fixe à peine de nullité les formes de l'exhérédation ; mais la Novelle ne parle pas seulement des ascendants paternels ; elle s'occupe aussi de la mère qui omet ses enfants et des enfants qui omettent leurs ascendants. Il est donc certain qu'on a voulu régler un point commun aux testaments paternel et maternel ; or, ce point commun, on ne peut l'apercevoir que dans la *querela inof. test.*<sup>1</sup>. »

5° On ajoute enfin, en faveur du système que je défends, des considérations très graves. C'est méconnaître le but de la réforme que de proclamer une nullité d'une étendue qui dépasse évidemment les intentions du législateur et qui de plus, est incompatible avec les principes généraux et avec l'esprit du droit romain. De quel droit prétend-on annihiler une disposition de dernière volonté dont personne ne se plaint ? Qui nous dit que ce n'est pas par délicatesse que le testateur s'est abstenu de publier les motifs qui l'ont fait agir ? que ce n'est pas par prudence et par un sentiment d'intérêt bien entendu que le légitimaire exclu subit avec résignation le sort qu'il a mérité ? A quel titre veut-on faire profiter d'une nullité exclusivement introduite en faveur du légitimaire irréprochable des personnes auxquelles le testateur ne doit rien, ou, ce qui est plus grave encore, des personnes qu'il a justement exhérédées, alors surtout que cette extension peut être préjudicielle au légitimaire lésé, dans l'intérêt duquel la nullité est établie ? Et si ce légitimaire exclu se résigne à subir le sort qui lui est fait par le testament, comment justifier

<sup>1</sup> Du Caurroy. *Institutes de Justinien, trad. et expliq. t. I, n° 661.*

l'intervention de personnes tierces qui, en son absence, et peut-être malgré lui, engageront un débat dans lequel il s'agit de son honneur et de sa réputation<sup>1</sup> ?

*III. Système mixte.* Ce troisième système, soutenu par quelque auteurs, notamment par Puchta, fait une distinction : le testament est nul, et le légitimaire devra exercer l'*actio nullitatis ex jure novo* si aucune cause légale d'exclusion ne s'y trouve mentionnée. Il est simplement inofficieux, et la *querela inof. test.* compétera à l'ayant droit, si le testateur a donné dans son acte de dernière volonté, un motif légal qui n'est pas vrai. Cette théorie, en partie d'accord avec la pratique allemande et la glosse d'Accurse, doit être rejetée, car elle repose sur une distinction purement arbitraire et que le texte de la Novelle CXV repousse formellement. Qu'importe d'ailleurs que le testateur n'ait pas justifié l'exclusion du légitimaire par une des causes énumérées par la Novelle ou que le motif qu'il a invoqué soit contraire à la vérité ? Dans les deux cas, il n'a pas observé l'obligation à lui imposée par cet acte législatif, à savoir, d'instituer ses proches parents, et cette inobservation doit entraîner dans les deux hypothèses les mêmes conséquences, c'est-à-dire, suivant l'opinion que l'on adopte,

<sup>1</sup> Maynz. *Cours de dr. rom. t. III*, § 393, p. 393. — Voyez dans le même sens : Demangeat, *Cours de dr. rom. t. I*, p. 754. — Boissonade, *Hist. de la résér. héréd. p.* 133. — Vernet, *Traité de la quot. dis. p.* 175. — Les anciens auteurs se prononçaient aussi dans ce sens : Pothier, *Pand. in nov. ord. ad tit de inof. test. V*, 2. — Cujas, *Com. in tit. II, de inof. test.* — Vinnius, *Inst. II*, 18, pr. — Voët, *Com. ad tit. de inof. test.* — Noodt, *Com. in lib. XXVII, Dig.* Parmi les auteurs. partisans du système d'inofficiosité, il faut citer : Windscheid : *Lehrbuch des Pandektenrechts. (Dusseldorf)* 1875, § 587-592. — Köppen : *System des heutigen Erbrechts (Leipzig)* 1862-1864). — Brinz ; *Lehrbuch der Pandekten (Erlangen)* 1871), § 174 et s.

l'inofficiosité ou la nullité absolue de l'institution d'héritier.

**120.** — B. *Du titre auquel la légitime doit être laissée.* Nous avons vu dans les chapitres précédents que, pour être exclu de la *querela*, il suffisait d'avoir reçu sa légitime *mortis causa*, à un titre quelconque, institution d'héritier, legs, fidéicommiss ou donation à cause de mort. Justinien dans la Nouvelle CXV cap. III et IV, veut que la légitime, telle qu'elle est fixée par la Nouvelle XVIII soit désormais laissée à *titre d'héritier* aux descendants et aux ascendants; laissée à un autre titre, elle ne met pas obstacle à l'exercice de la *querela*. Il faut cependant bien comprendre le sens de cette innovation, il n'exige pas que le testateur institue son enfant ou son ascendant pour toute sa légitime, il veut seulement qu'il lui donne le titre d'héritier, qu'il honore de cette qualité pour une part quelconque, même pour des objets particuliers (*ex certis rebus*); ce qu'il ne veut pas c'est que le légitimaire soit réduit au rôle de simple légataire, en présence d'un institué étranger. Une fois le titre d'héritier conféré, le testateur peut faire entrer toutes les libéralités qui s'y imputent, et il n'y a dans cette décision rien de contradictoire avec les termes de la Nouvelle suivant lesquels les dispositions *mortis causa* ne peuvent suffire pour écarter la *querela*. Justinien entend par là ne plus se contenter de ce moyen de laisser la légitime, mais il n'entend pas soustraire à la loi de l'imputation, les libéralités de cette nature au légitimaire pourvu du titre d'héritier. Supposons, par exemple, qu'un unique enfant ait été institué pour un sixième seulement, la moitié de sa légitime lui manque. S'il devait l'avoir tout entière en qualité d'héritier, l'action en complé-

ment de la légitime, changerait de caractère : au lieu d'être comme autrefois une simple action personnelle, elle deviendrait une véritable pétition d'hérédité. Or, il n'en est rien. Justinien visant le cas particulier d'un descendant institué *ex certa re*, dit expressément qu<sup>e</sup> la légitime sera complétée selon les règles posées par les lois anciennes :

*Cæterum si qui heredes fuerint nominati etiam si certis rebus jussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi præcipimus; quicquid autem minus eis legitima portione relictum est hoc secundum nostras leges ab heredibus impleri*<sup>1</sup>.

A mon avis la légitime doit être laissée comme auparavant, sans charges et calculée sur l'actif net, déduction faite des dettes, tout au moins quand l'institution est *ex certis rebus* ou uniquement conférée *ad honorem*, c'est-à-dire pour servir de légitime. Non seulement la Novelle de Justinien ne change en rien, sur ce point, les anciennes règles, mais elle annonce assez clairement que son intention est de les laisser subsister. En effet elle déclare dans le chap. V que c'est pour avantager les légitimaires, qu'elle introduit la nécessité de les appeler par institution :

*Unde ex constat ad utriusque partis utilitatem atque cautelam præsentem legem fuisse prolatam : quam ex hac occasione promulgandam esse perspeximus.*

Or, s'il résultait de ce titre, qu'il fussent réellement héritiers, tenu *ultra vires successionis*, loin d'en tirer quelque utilité, ils en ressentiraient, au contraire, un

<sup>1</sup> Nov. CXV, cap. V, pr. Voyez la loi 30. Code de *inof. test.* III, 28. — Dans ce sens M. Accarias. *Précis de dr. rom. t. I, p. 967*, (4<sup>e</sup> édit. 1886).



véritable préjudice, et par là on contreviendrait manifestement à cette maxime si naturelle, qu'il ne faut jamais tourner contre quelqu'un ce qui n'a été introduit qu'en sa faveur <sup>1</sup>.

Les légitimaires devenus héritiers ne profiteront-ils pas par accroissement de la part de leur frère renonçant? Pour répondre à cette question, il faut distinguer, si le père a purement et simplement institué ses fils héritiers et que l'un d'entre eux répudié, il est certain que sa part, restant dans l'hérédité, augmentera celle de ses frères acceptants, ils en profiteront comme héritiers institués, ni plus ni moins que des étrangers qui auraient été institués avec eux. « C'est la conséquence, « dit fort bien mon savant maître M. Labbé, de la vo-  
« lonté du père qui n'a rien fait pour les restreindre  
« à leur légitime qui en les instituant héritiers pure-  
« ment et simplement, leur a conféré un droit déter-  
« miné dans sa qualité, indéterminé quant à son émo-  
lument <sup>2</sup>. » Si au contraire le père les a institués chacun *in re certa* et a appelé des étrangers à recueillir le surplus, alors chaque enfant aura le corps certain, et si la valeur de cette *res certa* n'équivaut pas à la quotité de la légitime à laquelle il a droit, il pourra en exiger le complément, mais rien de plus; et dans le cas où l'un des fils renoncerait, sa part profitera aux héritiers institués, dont le droit est susceptible d'accroissement,

<sup>1</sup> Loi 25, Dig. de legibus, etc. I, 3: Nulla juris ratio, aut æquitatis benignitas patitur ut quæ salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos durior interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem. — Dans ce sens voy.: Merlin. *Rep. Légitime. Sect. II*, § 1. — Boissonade. *Hist. de la réserv. héréd.* p. 142, § 156.

<sup>2</sup> Labbé. *De la manière de calculer la réserv.* n° 26.

mais non pas à ses frères, ceux-ci n'ayant pas de vocation aux parts des autres, la légitime étant une fraction de part héréditaire.

**121.** — La décision suivant laquelle la légitime doit être laissée au moins partiellement à titre d'institué, n'est pas étendue aux frères et sœurs <sup>1</sup>. La Novelle CXV ne s'occupe que des ascendants et des descendants, et quant aux frères et sœurs, La Novelle XXII qui leur est applicable, ne contient pas de disposition analogue à celle de la Novelle CXV. Leur *querela*, dans le cas où le testateur a désigné comme héritier une *persona turpis* pourra donc être écartée par une libéralité quelconque.

**122.** — *C. Effets de la querela inof. test.* La Novelle CXV modifie considérablement les effets de la *querela*. D'après l'ancien droit civil et même encore d'après celui des Institutes, le testament annulé comme inofficieux, était annulé pour le tout, toutes ses dispositions tombaient. Justinien, dans cette Novelle, décide que désormais la *plainte d'inofficiosité* ne fera plus tomber que l'institution, sans porter la moindre atteinte ni aux legs, ni aux autres dispositions contenues dans le testament, telles que les fidéicommiss, les affranchissements, les nominations de tuteur, qui subsisteront et seront exécutés. — On peut considérer le plaignant comme réputé institué à la place de l'héritier choisi par le testateur. Cette décision est équitable, car les legs ne font pas injure à l'héritier légitime comme l'institution d'un *extraneus*, puisqu'ils peuvent être imposés à l'un comme à l'autre.

*Si vero contigerit in quibusdam talibus testamentis quæ-*

<sup>1</sup> Contra M. Accarias. *Pr. de dr. rom. t. I, p. 968, (4<sup>e</sup> édit.)*.

*dam legata, vel fideicommissa aut libertates, aut tutorum dationes relinqui, vel qualibet alio capitula concessa legibus, nominari: ea omnia jubemus adimpleri et dari illis quibus fuerint derelicta.* (cap. III § 14).

123. — Mais que décider en ce qui concerne les substitutions vulgaires? A mon avis il faut distinguer; S'agit-il de substitutions vulgaires? malgré les termes de la Nouvelle, je décide qu'elles tomberont avec l'institution d'héritier, d'abord parce qu'elles sont des institutions conditionnelles, ensuite parce qu'elles rendraient inefficace le recours du légitimaire<sup>1</sup>. S'agit-il au contraire de substitutions pupillaires? Je donnerai une solution différente et dirai qu'elles seront exécutées. On pourrait m'objecter, il est vrai, que ces substitutions étant qualifiées de *pars et sequela paterni testamenti* ne peuvent subsister du moment que le testament du père est annulé. Je réponds qu'il n'y a pas entre la substitution pupillaire et le testament paternel un lien tel, que la première ne puisse produire son effet, quand la *querela* réussit. On se rappelle, en effet, que même d'après le droit des Pandectes, elle conservait toute sa force, lorsque le testament n'était rescindé que partiellement. La solution contraire se heurterait directement aux termes de la Nouvelle qui déclare maintenir: *quælibet alia testamenti capitula*.

124. — Les dispositions testamentaires, telles que les legs, fidéicommiss, affranchissements, nominations de tuteur, reçoivent-elles leur exécution lorsque les frères et sœurs exercent la *querela* et obtiennent gain de cause ou bien sont-elles annulées comme dans l'ancien droit? La question est controversée et d'après certains auteurs, il faut répondre qu'elles seront exécutées. Ils s'appuient 1°

<sup>1</sup> Boissonade. *Hist. de la réserv. hered.* p. 146 note a.

sur l'authentique *ex causa* ainsi conçue : *ex causa exheredationis vel præteritionis irritum est testamentum quantum ad institutiones, cætera namque firma permanerent*, or, ce texte ne fait aucune distinction entre les descendants et ascendants d'une part, et les frères et sœurs de l'autre : il pose un principe général qui doit s'appliquer quelle que soit la qualité des parents qui intentent la *querela* <sup>1</sup>. 2° Il serait contraire à la raison et à l'équité que les frères et sœurs fussent mieux traités que les enfants et les ascendants <sup>2</sup>.

Pour ma part, je préfère l'opinion contraire :

1° La Novelle CXV ne parle, remarquez-le bien, que des descendants et des ascendants ; des frères et sœurs, il n'en est point question ; elle ne modifie l'ancien droit qu'à l'égard des premiers et nullement à l'égard des seconds ; pour ceux-ci, il reste en vigueur. Etendre la décision de la Novelle à la *querela* des frères et sœurs, cela me semble arbitraire. Quant à l'argument que l'on tire de l'authentique *ex causa*, il n'est pas probant : « Me-  
« minisse oportet, disait un ancien auteur, prædictam  
« authenticam *ex causa* non habere locum in transversis-  
« bus, ut puta si pater fratrem præterit, instituta turpi per-  
sona. » De plus ces authentiques n'étant qu'une œuvre privée d'Irnerius, et n'ayant pas été revêtues, dans le *Corpus juris*, de la sanction publique, ne peuvent avoir aucune autorité légale.

2° On objecte, que ma solution serait contraire à la raison et à l'équité, puisque les frères et sœurs seront plus favorablement traités que les descendants et les

<sup>1</sup> Code, de liberis præter. et exhered. VI, 28.

<sup>2</sup> Voët, *op. cit.* § 13. — Boissonade, *op. cit.* p. 146, — Cuënot *op. cit.* p. 141.

ascendants. — Mais on n'a pas assez réfléchi que la situation des frères et sœurs n'est jamais aussi bonne que celle des ascendants et des descendants. En effet, d'une part, les premiers ne peuvent exercer la *querela* que lorsque le testateur leur a préféré une *turpis persona* ; que celui-ci institue donc une personne jouissant d'une *integræ æstimationis*, ils ne pourront pas se plaindre ; d'une autre part, le fardeau de la preuve leur incombe ; c'est à eux, et non pas à l'héritier institué, à prouver que l'exclusion qui les frappe est imméritée. J'ajoute enfin que l'équité n'est pas une raison suffisante pour justifier l'extension d'une loi d'un cas à un autre.

Dans la législation des Novelles l'acceptation d'un legs ne doit pas être considérée comme une renonciation au droit d'attaquer le testament. En effet, depuis la Novelle CXV une libéralité quelconque est impuissante à exclure la *querela* si elle n'est laissée à titre d'institution ; en outre le succès de cette action ne porte aucune atteinte aux legs ; en sorte que le légataire pourra, après avoir obtenu le montant de son legs, demander la rescision du testament, à moins que dans les circonstances du fait, on ne trouve une ratification tacite de cet acte.

125. — Une dernière question avant de finir le chapitre. Autrefois l'omission d'un héritier sien, d'un *suus* entraînait la nullité radicale du testament ; l'omission d'un fils émancipé donnait ouverture à la *bonorum possessio contra tabulas*. Que faut-il décider depuis la Novelle CXV ? — C'est un point très controversé et un grand nombre de systèmes sont en présence. Cependant je me bornerai à en indiquer deux seulement et



aussi brièvement que possible, car cette question, rattachant plutôt à une étude spéciale sur l'exhérédation, je ne saurais la traiter avec tous les détails qu'elle comporte sans dépasser les limites tracées à mon travail.

D'après le premier système, la Novelle CXV a laissé subsister l'ancienne théorie de l'exhérédation avec toutes ses conséquences. Les héritiers siens et ceux que le préteur leur assimile, omis, ont trente ans pour venir à la succession. Ils n'ont qu'à subir les legs privilégiés dont la *bonorum possessio contra tabulas* comporte l'exécution. Pour eux l'exhérédation est encore une condition de la validité du testament.

Les auteurs allemands ont appelé ce système : *système d'exhérédation ou de correction ou additionnel*, voici, disent-ils, comment les choses doivent se passer. Si le *suus* ou l'émancipé n'a été ni institué ni exhéredé expressément, le premier invoquera la nullité du testament, le second demandera la *bonorum possessio contra tabulas*. Si le *suus* ou l'émancipé a été, au contraire, institué ou exhéredé d'après les formes exigées par le droit ancien, alors dans le premier cas, la seule action qui puisse être exercée est l'action en complément si la légitime n'a pas été laissée intégralement. Dans le second cas, il faut sous-distinguer : ou bien le testateur a, conformément aux prescriptions de la Novelle, motivé l'exhérédation, le testament est alors inattaquable ; ou les dispositions de la Novelle n'ont pas été observées, il y a alors nullité de plein droit du testament.

Dans le second système, on soutient que la Novelle CXV a aboli, non seulement la succession contre le tes-

tament, mais les formes mêmes de l'exhérédation. Il suffit que le testateur se conforme aux règles de la Nouvelle, c'est-à-dire que s'il exclut son enfant de sa succession, il motive cette exclusion par une des causes énumérées par Justinien. — Ce système est qualifié de *système d'exclusion, de dérogation, de réforme*. La seule ressource du légittimaire omis est d'intenter la *querela inofficiosi testamenti*. Il n'a pas à justifier de sa conduite car le testateur ne lui a rien imputé. Mais il doit agir dans le délai de cinq ans et peut avant la fin de ce délai, renoncer à son action, en approuvant le testament. Le succès par lui obtenu le substitue purement aux héritiers institués, en le laissant chargé des legs et des fidéicommiss, pourvu que sa légitime soit intacte.

Ce dernier système est celui que je préfère et je vais résumer les arguments que ses partisans font valoir.

1° La théorie ancienne de l'exhérédation et des successions *contra tabulas* reposait sur un double principe : d'une part, le père était libre d'exhérer ses enfants ou de les instituer pour une portion quelconque de son patrimoine, mais d'autre part, il ne pouvait les omettre. Or, depuis la Nouvelle CXV il ne lui est pas plus permis d'exhérer que d'omettre, l'exhérédation et la prétention sont mises sur la même ligne et prohibées l'une comme l'autre :

*Sanctum igitur non licere penitus patri vel matri, avo vel aviæ... suum filium vel filiam vel ceteros liberos præterire aut exheredes facere in suo testamento.*

Il y a donc incomptabilité absolue entre les principes qui servent de base aux deux institutions et dès lors elles doivent s'exclure l'une l'autre. — De plus si toutes les deux coexistaient le *suus* ou l'émancipé pourrait à

son gré ou exécuter les legs ou en priver les bénéficiaires. En effet, s'il exerce la *querela*, cette action, depuis la Novelle CXV, faisant tomber seulement l'institution et non pas les legs ou les fidéicommiss, ces libéralités recevront leur exécution. Au contraire s'il invoque la succession *contra tabulas*, l'institution d'héritier aussi bien que les legs seront annulés. Un pareil résultat est inadmissible ; Justinien semble bien avoir en vue d'assurer l'exécution des volontés du défunt dans la mesure où elles ne porteraient pas atteinte aux droits de la famille. « En vain, dit M. Maynz, l'on objecte que le pro-  
« cédé d'offrir le choix entre deux moyens d'efficacité  
« différente n'est point contraire à l'esprit de la législa-  
« tion romaine. Certes les exemples d'un pareil concours  
« électif sont nombreux et le choix que nous faisons de  
« l'un des moyens offerts peut donner plus d'avantages  
« vis-à-vis de la personne contre laquelle nous pouvons  
« diriger notre action, mais ne saurait jamais avoir  
« pour effet de porter préjudice à des personnes tierces  
« contre lesquelles nous n'avons aucun droit à faire  
« valoir. »

2° On invoque plusieurs textes des Basiliques qui viennent à l'appui de cette opinion, suivant laquelle la Novelle CXV a aboli les anciennes règles sur l'exhérédation et la succession *contra tabulas* :

a) Une scholie du titre *de injusto rupto testamento*, nous dit que de même que la Novelle CXVIII a fait disparaître les différences entre l'agnation et la cognation, de même la Novelle CXV a abrogé les anciennes règles sur l'exhérédation et la prétérition :

Τὸ περὶ τῆς διαφορᾶς τῆς συγγενείας ἀναιρεῖ ἡ ριή. ὡς β. β. α' τ. τ τ.  
διγ'. τὸ περὶ τῆς ἀποκηρύξεως ἢ παραμελήσεως ἀναιρεῖ ἡ ριέ...

*differentiam cognationis tollit Novella CXVIII... Quod autem de exheredatione vel præteritione dicitur, tollit Novella CXV*<sup>1</sup>.

b) Il est vrai que le titre de la *bonorum possessiones contra tabulas* a été reproduit dans les Basiliques, mais une scholie en atteste la désuétude :

Τοῦτο αναιρεῖ ἡ ριέ, νεαρὰ λέγουσι μὴ καδὸλον τὴν διαθήκην ῥήγγυσθαι, ἀλλὰ μόνον τὴν ἔνστασιν ἀνατρέπεσθαι *Hoc tollit Novella CXV quæ dicit, non totum testamentum infirmari sed solum institutionem rescindi*<sup>2</sup>.

c) Dans les Institutes on lit :

*Si vero testamentum quidem fecerint, patronos autem vel patronos præterit quum nullos liberos habent, vel habentes eos exheredaverit, vel mater sive avus maternus eos præterit, ita ut non possunt argui inofficiosa eorum testamenta*<sup>3</sup>.

Dans ce texte il est question d'un testament d'ascendant qui exclut les enfants et néanmoins reste valable par la raison que le père a eu soin de les exhéreder ou que la mère les a omis d'une manière non officieuse. Or, si on rapproche ce passage d'une analyse<sup>4</sup>, de la loi 4 Code *de bonis libertorum et jure patronatus* VI, 4 (laquelle a été conservée par les Basiliques) on y voit qu'on ne fait plus de distinction entre l'exhéredation du père ou l'omission de la mère, mais qu'on en établit une autre, à savoir si les enfants ont été justement ou injustement exclus : *Quod si liberos exhe-*

<sup>1</sup> Basiliques XXXIX, II, 3. (Heimbach. t. IV, p. 43).

<sup>2</sup> Basiliques XLIX, I, 3. (Heimbach. t. IV, p. 3).

<sup>3</sup> Institutes III, § 3).

<sup>4</sup> La constitution même est perdue ; ses dispositions sont connues par diverses analyses, indiquées par M. Maynz. *Cours de dr. rom. t. III, p. 269, note 51.*

*redaverit libertus vel liberta, si quidem injuste, ita ut testamentum rescindatur per querelam..... rursus cessare jubet patronorum successionem tanquam si intestatus obierit libertus, et liberi ab intestato ei succedant. Si vero jure meritoque liberti liberos exheredaverint, vocentur patroni, tanquam si liberos non habuerint*<sup>1</sup>. Ce texte prouve qu'on ne faisait plus de différence entre le testament du père et celui de la mère et que le droit de la Novelle CXV était seul en vigueur, s'appliquant à tous les testaments d'ascendants sans distinction<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Basiliques, d'après l'extrait de Photius, §§ 13 et 14.

<sup>2</sup> Voy. M. Maynz, *op. cit.* § 391, p. 382. — Labbé sur Ortolan. App. V, Lib. II, p. 742 et s.



## CHAPITRE HUITIÈME

### DES DONATIONS INOFFICIEUSES

SOMMAIRE : 126. La *querela inof. test.* ne protégeait pas suffisamment les droits de la famille. — 127. La loi *Cincia*. — 128. Institution de la *querela inofficiosæ donationis*. — 129. La nature de cette action. — 130. Des personnes auxquelles elle appartient. — 131. Suppose-t-elle l'intention frauduleuse chez le donateur ? — 132. Sa durée. — 133. Elle suppose une injustice de la part du défunt. 134. Elle est un *ultimum subsidium*. — 135. Ses effets. — 136. De la *querela inofficiosa dotis*. — 137. Des cas dans lesquels peut se présenter une dot inofficieuse. — 138. Les effets de cette dernière action.

**126.** — En parlant de la manière dont on formait la masse des biens du défunt, sur laquelle devait être calculée la légitime, j'ai dit qu'en principe les donations entre vifs n'y entraient pas et n'étaient pas soumises à la réduction si elles entamaient la légitime. Il résultait de là que si le testateur ne pouvait pas dépouiller entièrement ses proches parents par des dispositions de dernière volonté, s'il était obligé de leur laisser une partie de ses biens, par testament, rien ne l'empêchait, s'il voulait les en priver, de faire disparaître, de dissiper son patrimoine, en toute liberté, par des donations entre vifs, sans que les proches parents

puissent après sa mort, se plaindre de n'avoir pas leur quarte.

127. — La loi *Cincia*<sup>1</sup> n'apporta pas un remède à cet inconvénient : elle distingua les donations qui ne dépassaient pas un taux déterminé (*modus legitimus*) et celles qui le dépassaient, et parmi ces dernières elles-mêmes on mit à part celles qui étaient faites à certaines personnes appelées *personæ exceptæ*<sup>2</sup>. Elle eut pour but, non pas de prévenir le dépouillement complet des héritiers légitimaires par les donations, mais de protéger le donateur contre un entraînement irréfléchi à les faire et d'éviter qu'elles ne fussent le résultat de la suggestion ou de la captation. La loi *Cincia* ne frappait que les donations *supra modum* et faites à des *personæ non exceptæ*. Elle ne les prohiba pas, mais elle en rendit la perfection plus difficile à réaliser, en accordant au donateur une exception, *exceptio legis Cinciae*. Les mots de prohibition, de défense parfois employés, même dans les sources, renferment une exagération. Il n'y a pas une donation, si importante qu'elle soit, qui ne puisse être accomplie par une volonté persévérante. La loi ouvre une voie au regret, au repentir, aussi longtemps qu'une modification dans la fortune n'est pas entièrement opérée ; mais n'élève aucun obstacle contre les effets d'une volonté assez ferme pour traverser sans varier toutes les phases de l'affaire<sup>3</sup>.

La seule protection de la famille résidait donc dans

<sup>1</sup> Cette loi, connue depuis la découverte des Fragments du Vatican, en 1823, est un plébiscite voté, selon l'opinion générale, vers l'année 549 ou 550 de Rome, sur la proposition du tribun Cincius Alimentus.

<sup>2</sup> Voy. *Frag. Vat.* §§ 296 à 309.

<sup>3</sup> Accarias. *Précis de dr. romain*, t. I, p. 746. (3<sup>e</sup> éd.).

l'intérêt du donateur, qui ne pouvait dépouiller son successeur par donations entre vifs qu'en se dépouillant lui-même : et encore cette protection, il faut le reconnaître, était bien faible, car, en fait, l'intérêt du disposant pouvait n'être pas un frein suffisant, soit que ce dernier se réservât l'usufruit des biens donnés, soit qu'il eût d'ailleurs pour vivre des ressources viagères.

**128.** — Ce ne fut que dans la seconde moitié du III<sup>e</sup> siècle de l'ère chrétienne que l'on comprit la nécessité de protéger les légitimaires contre l'excès des donations entre vifs. A cet effet on donna, contre les donations, contraires à *l'officium pietatis*, une action qualifiée de *querela inofficiosæ donationis* à l'imitation de la plainte d'inofficiosité, *ad exemplum querelæ inofficiosi testamenti*, qui permit de les faire rescinder, comme inofficieuses, quand le défunt avait, en les faisant, diminué sa fortune de manière à ne pas laisser le quart de tous les biens qu'il avait eus, ou plus simplement, quand elles entamaient la quarte due aux légitimaires. Ce sont ces sortes de donations qu'on appela *donationis inofficiosæ*.

On attribue à Alexandre Sévère l'introduction de cette nouvelle action, puisque c'est lui, qui le premier en parle dans un rescrit adressé à Augustus Claudiaunus Julianus, préfet de la ville et mentionné dans la loi *Titia Seio* § 3. de Paul (Dig. de leg. et fid. XXXI, II).

*Si liquet tibi, Juliane carissime, aviam intervertendæ inofficiosi querelæ patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse ; ratio deposuit, id quod donatum est, pro dimidia parte revocari* <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Les autres textes relatifs à la *querela inof. don.* se trouvent réunis au code de Justinien sous le titre : *de donat. in of.* III, 29 : Ajoutez les §§ 270, 271, 280, 281, 282 des Fragments du Vatican.

129. — Quelle est la nature de la *querela inof. donationis* ? Voët<sup>1</sup> a prétendu qu'elle n'est pas une action *in rem*, parce qu'aucune loi ne lui a attribué un caractère réel, mais une action *in personam*, et qu'elle doit être considérée comme une *condictio ex lege* : « licet autem hæc in officiosæ donationis querela non actio principaliter in rem, aut species quædam petitionis hereditatis sit, uti quidem id de inofficiosi testamenti querela alibi adstructum fuit, sed magis actio in personam condictio scilicet ex novibus legibus de inofficiosa donatione actionem dantibus sed actionis nomen haud exprimantibus. »

Je n'hésite pas à repousser cette manière de voir : si les textes ne disent pas formellement que la *querela inof. donationis* est une action réelle, ils le disent implicitement, car ils déclarent que : *justa formam de inofficioso testamento constitutam*<sup>2</sup>..... *ad similitudinem inofficiosi testamenti querelæ*<sup>3</sup>..... *ad exemplum inofficiosi testamenti*<sup>4</sup>..... *ad instar inofficiosi testamenti*<sup>5</sup>. Ils assimilent donc complètement la *querela inof. donat.* à la plainte d'inofficiosité, or cette dernière action, je l'ai démontré, est une action réelle ; donc l'opinion de Voët n'est pas fondée. Doneau ajoute encore cette considération, qu'une action personnelle ne peut prendre naissance que d'une obligation ; or ici le défunt ne s'est pas obligé envers le plaignant<sup>6</sup>. Seulement je fais remar-

<sup>1</sup> Voët. *Com. ad tit. don. inof. Lib. XXXIX, t. V, § 37.*

Thibaut. *System der Pandektenrechts, II, Th. p. 296.*

<sup>2</sup> Loi 1, Code de *inof. donat* III, 29.

<sup>3</sup> Lois 2 et 9, Code de *inof. dest.* III, 29.

<sup>4</sup> Loi 6, Code, de *inof. donat.* III, 29.

<sup>5</sup> Loi 4 et 8 pr. Code de *inof. donat.* 29.

<sup>6</sup> *Comm. juris. Civilis.* Lib. XIX, cap. II.

quer que tandis que *la querela inof. test.* est une pétition d'hérédité, *la querela inof. donat.* sera une revendication *ex causa inofficiosi*.

130. — Quelles sont les personnes auxquelles appartient cette action ? Elle appartient d'abord aux descendants ; peu importe qu'ils soient légitimes ou adoptifs ; quant aux enfants naturels, je ne la leur accorde que contre les donations faites par la mère, et non pas contre celles faites par le père, car je ne leur ai pas reconnu non plus le droit d'attaquer le testament de ce dernier par la *querela*<sup>1</sup>. En second lieu, elle compète aux ascendants, pas de difficulté ; mais appartient-elle aussi aux frères et sœurs ? M. Boissonade ne le pense pas : « les constitutions, dit-il, ne font point mention « d'un droit pour les frères de critiquer les donations « de leurs frères, lors mêmes que les donataires préférés servaient de personnes viles, et malgré quelque « généralité dans les termes d'une constitution de « Constantin il est difficile de croire à l'existence de cette *querela*<sup>2</sup>. » Telle est aussi l'opinion de M. Accarias<sup>3</sup>. Je ne suis pas pourtant convaincu que telle ait été la décision du droit romain sur ce point. Pour ma part j'admets volontiers le contraire. La *querela inof. donat.* a été créée *ad similitudinem querelæ inof. test.* or la plainte d'inofficiosité appartient non seulement aux descendants et aux ascendants, mais aussi aux frères et sœurs ; donc *la querela inof. donat.* compète aussi à ces derniers. — On objecte que les textes ne mentionnent pas ce droit pour les frères et sœurs ! Je réponds

<sup>1</sup> Voyez Voët. Lib. XXXIX, t. V, § 38.

<sup>2</sup> Boissonade. *Hist. de la réserv. héréd.* p. 84.

<sup>3</sup> Accarias. *Précis de dr. rom. t. I, p. 903.*



que tous les textes qui s'occupent de cette nouvelle action sont des rescrits ; or un rescrit n'est que la réponse donnée par l'empereur à un particulier qui lui a demandé son avis sur un point litigieux, sur un procès engagé, sur une hypothèse particulière ; dès lors le silence des textes est loin d'être concluant<sup>1</sup>.

Je n'ai pas besoin, je crois, d'ajouter que la *querela inof. donat.* n'appartient aux frères et sœurs qu'à la condition que le donataire soit une personne vile.

A l'origine cette action ne fut accordée aux légitimaires que dans le cas où le donateur était mort, ayant laissé un testament. Cela se comprend, puisque la *querela inof. donat.* se présentait comme un complément de la *querela inof. test.* Cette opinion est confirmée par la loi 3 (Code III, 29) des empereurs Valérien et Gracien, datée de 258, c'est-à-dire postérieure au rescrit d'Alexandre Sévère. Ces empereurs nous disent, que l'action accordée aux héritiers par les rescrits antérieurs, quand il y avait un testament, doit être étendue, par une raison d'équité, aux légitimaires, héritiers *ab intestat* du donateur :

*Precibus quidem suis proposita rescripta eos parentes denotant, qui cum testamento facto viri patrimonium suum immensis donationibus exinanisset, inane nomen heredum liberis reliquerunt : sed ad intestatos quoque eadem ratio æquitatis extenditur.*

Ne résulte-t-il pas de là, avec évidence, qu'antérieurement les proches parents n'avaient pas le droit de se plaindre, quand le donateur était mort *intestat* ?

Pour savoir si la donation est inofficieuse, il faut re-

<sup>1</sup> Demangeat. *Cours de droit rom.* t. I, p. 755. — Vernet. *Traité de la quotité disp.* p. 127. — Doneau et Voët *op. et loc. cit.*

constituer le patrimoine du défunt tel qu'il se serait trouvé au jour de son décès, s'il n'avait fait aucune libéralité. A cet effet, on réunit aux biens qu'il a laissés ceux dont il a disposés à titre gratuit par donations entre vifs, on déduit ensuite les dettes ; puis, sur ce qui reste on calcule la quotité disponible ; si donc la donation dépasse cette quotité, si elle entame la légitime, elle devient susceptible d'être attaquée par la *querela inof. donat.*

**131.** — Avant de parler des effets de cette action, je dois d'abord répondre à la question de savoir si le plaignant est tenu de prouver non seulement que la donation dépasse la légitime, mais encore que le donateur a agi dans l'intention frauduleuse pour le dépouiller. — Je crois, pour mon compte, que la révocation du droit des donations entre vifs, a été d'abord subordonnée à la preuve de l'intention chez le donateur de tromper les espérances des légitimaires. Cela résulte, en premier lieu, du rescrit d'Alexandre Sévère : *si liquet sibi*, dit l'Empereur, *avium intervertendæ inofficiosi querelæ patrimonium suum donationibus exinanisse*. Ce texte prouve très clairement qu'on recherchait pour rescinder la donation, dans quel esprit le donateur l'avait faite. — La même idée se retrouve, en second lieu, dans deux lois au Code : dans la loi 1 de l'empereur Philippe où il dit : *si ut allegatis mater vestra ad claudendam inofficiosi querelam facultates suos exhausit*, et dans la loi 8 de Dioclétien et Maximien où on lit : *si liqueat matrem tuam ad intervertendæ querelam...* J'ajoute enfin que le § 270 des Fragments du Vatican prévoit le cas d'une donation faite à un enfant *in fraudem cæterorum filiorum*. Tous ces textes, je le répète, me paraissent démontrer suffi-

samment que dans les premiers temps, on exigeait, pour révoquer la donation, que le donateur ait agi dans une intention malveillante. Plus tard, cette législation changea; le légitimaire devait seulement établir que la légitime était entamée, sans être tenu de prouver que le défunt en avait eu conscience, qu'il avait prévu et voulu ce résultat. — Ce second point de vue se trouve également confirmé par les textes : non seulement ils ne font plus aucune allusion à cette circonstance, mais il y en a un qui est décisif : c'est la loi 5 au Code à notre titre : elle permet à l'enfant ou au petit enfant, né après la donation excessive, d'en demander la rescision ; or, il est évident que le donateur n'a pas pu vouloir frauder un enfant, qu'il n'avait pas encore. — Enfin la loi 9 (Code III, 29) fournit un autre argument : l'empereur Constantin déclare qu'il ne faut pas douter que la *querela inof. donat.* ne soit introduite à l'imitation de la plainte d'inofficiosité, et pose en principe qu'elles doivent avoir une cause analogue ; or, l'existence de la fraude, n'étant pas une condition de l'exercice pour la seconde, il doit en être de même pour la première <sup>1</sup>.

De là, je tire cette conséquence, que, si la donation au moment où elle a été faite n'avait pas été excessive et que au décès du donateur elle entamait la légitime, elle pouvait être rescindée par notre action <sup>2</sup>.

**132.** — De même que la plainte d'inofficiosité, la *querela inof. donat.* s'éteint par un délai de cinq ans. Ce

<sup>1</sup> Dans ce sens M. Labbé sur Ortolan. App. V, liv. II, p. 744. — Voyez aussi Maynz. Cours de dr. rom. t. III, p. 399 note 5. — M. Accarias (*op. cit.* p. 903) et M. Demangeat (*op. cit.* p. 755), pensent que l'intention frauduleuse n'a dû jamais être prouvée.

<sup>2</sup> Voët *op. et loc. cit.*

point ne ressort pas seulement de la loi 9 (Code III, 29) qui assimile ces deux actions, quant à leur durée ; mais encore d'une constitution des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, insérée au Code Théodosien et ainsi conçue :

*Intra quinquenium quod de inofficiosi actionibus constitutum est, liberi quoque parentum judicia inofficiosa causantibus, eadem temporibus aurricula prestatata sunt.*

Mais elles diffèrent en ce qui touche le point de départ du délai : tandis que pour la plainte d'inofficiosité, le délai de cinq ans ne commence à courir que du jour de l'adition de l'hérédité pour la *querela inof. donat.* il ne court naturellement qu'à partir du décès du donateur<sup>2</sup>. La prescription ne court contre les mineurs, que lorsqu'ils ont atteint l'âge de la majorité. Quoiqu'il n'y ait pas de texte sur ce dernier point, l'analogie qui existe entre ces deux actions ne permet pas de douter qu'il en soit autrement. Voilà d'ailleurs comme s'exprime un ancien auteur à cet égard :

Ὁ νόμος δὲ τὸν παῖδ' ἀτὴ κατὰ τῆς διαθήκης τοῦ πατρὸς ἢ τῆς δωρεᾶς μεμψιν κινεῖν, εἰ μὴ τὸ καταλειμένον αὐτῷ διὰ πάντων ἀρκεῖ αὐτῷ πρὸς τὸ ἢ οὐπεγνώστην τοῦ πατρὸς, βούλῃσιν ἢ πέντε ἔτη παρέδραμη καὶ μεξίων ἔξι τῶν κ' ἐνὶ αὐτῶν *Trad: Potest filius adversus patris testamentum aut donationem ab eo factam querelam instituere nisi id quod ei relictum est, omnino ad exemplum trientem satis est, vel nisi patris sui agnoverit voluntatem vel quinquenium effluxerit et major sit viginti quinque annis*<sup>3</sup>.

**133.** — La *querela inof. donat.* de même que la *querela*

<sup>1</sup> Loi, 1, C. Th. L. II, t. XX.

<sup>2</sup> Maynz. *Cours de dr. rom. t. III, p. 400, note 10.*

<sup>3</sup> Harmenopuli. *Prom. juris civilis* (Genevæ 1587), liv. V, t. 9, § 24.

*inof. test.* suppose l'injustice du défunt, l'oubli de l'*officium pietatis*; elle est donc refusée au légitimaire toutes les fois que par ses torts, par son ingratitude envers le de-cujus, il a mérité le dépouillement dont il se plaint. Les justes causes qui l'excluent de la plainte d'inofficiosité, l'excluent également de la *querela inof. donat.*

**134.**— Il résulte encore de l'idée suivant laquelle notre action a été introduite à l'exemple de la plainte d'inofficiosité, que la *querela inof. donat.* n'est qu'un *ultimum subsidium*, qu'elle n'est admise, en d'autres termes, qu'à défaut de tout autre secours. Un rescrit de Dioclétien et Maximien prévoit l'hypothèse suivante : un fils, mineur de 25 ans, avait, par des donations énormes, épuisé tout son patrimoine; puis il vient à mourir. Comme à raison de son âge la *restitutio in integrum* lui compétait et que ce moyen était transmissible, les empereurs décident que le père n'aura pas besoin de recourir à la *querela inof. donat.*, mais qu'il devra demander la restitution en entier *ob improbabilem donationem enormitatem* <sup>1</sup>. De même encore quand le donateur, ne laissant que des enfants en puissance, a fait à l'un d'entre eux une donation exagérée, l'héritier dépouillé ne pourra pas exercer la *querela inof. donat.*, car étant dans l'indivision avec le donataire, il a, comme copropriétaire, l'action *familiæ erciscundæ* <sup>2</sup>.

**135.**— J'arrive aux effets de la *querela inof. donat.* et je vais rechercher si elle a pour but la rescision intégrale de la donation ou seulement une rescision dans la limite de la légitime.

Dans les premiers temps la *querela inof. donat.*, pro-

<sup>1</sup> Loi 4, Code de *inof. donat.* III, 29.

<sup>2</sup> Fragments du Vatican § 281.



duisait les mêmes effets que la plainte d'inofficiosité : le légitimaire par une sorte de *restitutio in integrum* obtenait plus que sa légitime, tout ce qu'il aurait recueilli comme héritier sur les biens, si la donation n'avait pas été faite. Le rescrit d'Alexandre Sévère vient confirmer ce point : il autorise pour moitié la révocation de la donation faite par l'aïeule à son petit-fils : *pro dimidia revocavi* : il s'agissait, dans l'hypothèse sur laquelle l'empereur était consulté, de deux petits-fils héritiers *ab intestat* : l'un était précisément le bénéficiaire des donations inofficieuses ; alors comme il avait droit en sa qualité d'enfant à la moitié des biens donnés, la révocation ne fut prononcée contre lui que pour l'autre moitié. — Plus tard vers l'époque de Dioclétien, la *querela inof. donat.* au lieu d'entraîner la révocation intégrale n'amena bientôt que le retranchement de la donation dans la mesure de la quarte légitime. Les textes viennent à l'appui de ce que j'avance : *congruit, ut tibi quartam debita partem ab intestato portionis præstet* <sup>2</sup>.... *Ut filii debitum bonorum subsidium consequantur* <sup>3</sup>..... *Quod immoderate gestum est, revocabitur* <sup>4</sup>..... *Quod donatum est, pro ratione quartæ ad instar officiosi testamenti convicti diminuitur* <sup>5</sup>.

A. Faber se fondant sur l'analogie que présente cette action avec la plainte d'inofficiosité, a soutenu que même dans le dernier état du droit, le légitimaire pou-

<sup>1</sup> Boissonade. *Hist. de la réser. héréd.* p. 84.

<sup>2</sup> Loi 2, Code de *inof. donat.* III, 29.

<sup>3</sup> Loi 5, Code de *inof. donat.* III, 29.

<sup>4</sup> Loi 7, Code de *inof. donat.* III, 29.

<sup>5</sup> Loi 8, Code de *inof. donat.* III, 29. — Voyez Doneau *Com. juris. civil. lib. XIX, cap. 24.* — Voët *Com. XXXIX, 5 § 37.* — Vinnius. *Select. juris quæst. lib. II, cap. 33.* — Thibaut. *System des Pandektenrechts* § 1108.

vait faire révoquer la donation jusqu'à concurrence de sa part héréditaire. — Son opinion est évidemment fausse, puisque précisément, lorsqu'il s'agit des effets de cette action, les textes écartent toute analogie entre elles.

D'autres anciens auteurs faisaient une distinction : si la donation s'adresse à un étranger et que le donateur ait eu une intention frauduleuse, il y aura révocation jusqu'à concurrence de la part héréditaire ; si elle s'adresse à un étranger et qu'il n'y ait pas fraude, ou à un enfant, la révocation sera partielle. — Mais cette distinction est arbitraire et de plus formellement contredite par une constitution de Dioclétien et Maximilien qui supposent à la fois une donation en fraude de la légitime et une révocation restreinte aux limites de la quarte<sup>1</sup>.

Si les donations ont été faites à des époque différentes, comme ce ne sont que les dernières qui ont porté atteinte à la légitime, il est naturel de rescinder d'abord la plus récente, et si le résultat obtenu n'est pas suffisant pour parfaire la quarte, on continuera à réduire les autres, en suivant l'ordre des dates, jusqu'à ce qu'elle soit complétée<sup>2</sup>.

**136.** — *De la dot inofficiouse.* Pour terminer la première partie de mon travail, je dirai quelques mots sur la dot inofficiouse.

La *querela inof. donat.* ne s'appliquait d'abord qu'aux donations proprement dites. Mais il pouvait arriver, qu'une personne ayant des enfants les dépouillât com-

<sup>1</sup> Loi 8, pr. Code.

<sup>2</sup> Doneau. *op. cit. et loc. cit.* — Contra Voët. *op. cit.* § 38. — Perez. *Præf. in eod. tit. de inof. donat* n° 6 : Ces derniers auteurs estiment que dans ce cas la réduction doit s'opérer *pro rata*.

plètement par une constitution de dot exagérée. Les légitimaires n'étaient pas protégés dans ce cas et pourtant ils étaient tout aussi dignes de l'être dans cette hypothèse que dans celle d'une donation proprement dite.

L'empereur Constantin vint à leur secours ; dans une constitution datée de 358, il leur permit d'attaquer la dot exagérée par une action analogue à la *querela inof. test.* :

*Cum omnia bona a matre tua in dotem dicantur exhausta, leges legibus concordare promptum est : ut ad exemplum inofficiosi testamenti adversus dotem immodicam exercendæ actionis copia tribuatur et filiis consequerentur emolumenta debita conferantur*<sup>1</sup>.

137. — Une dot inofficieuse peut se présenter dans quatre hypothèses différentes :

1° Le père ou la mère en constituant une dot à un de leurs enfants, prive les autres de leur légitime ou la leur entame.

2° Une mère constitue en dot à son mari tous ses biens. — Dans ce cas on n'est pas d'accord sur le point de savoir si les enfants du premier lit auront droit à la *querela inof. dotis*. Le doute provient d'un édit des empereurs Léon et Anthémius, portant la date de 469. Cet édit défendait au veuf ou à la veuve, qui se remariait, ayant des enfants d'une précédente union, de donner à l'autre époux, de quelque manière que cela pût être, des valeurs supérieures à celles qui devaient revenir dans sa succession à celui des enfants qui recevrait le moins, sans que la part légitimaire de cet enfant pût être réduite<sup>2</sup>. Des auteurs ont prétendu que la *querela*

<sup>1</sup> Loi 1, Code de *querela inof. dotis*, III, 40.

<sup>2</sup> Loi 6, de *secundis nuptiis*. V, 9.

*inof. dotis* concourait ici avec le *remedium* de la loi (V, 9), au Code, de sorte qu'au moyen de la première action, ils réclameraient leur légitime, et qu'au moyen de la seconde, le reste des biens constitués en dot au mari. D'autres auteurs ont soutenu qu'ils n'auraient que la *querela inof. dotis*. Je ne pense pas qu'il faille admettre ces opinions, elles me paraissent erronées. La *querela inof. dotis*, créée à l'exemple de la plainte d'officiosité, était un *ultimum subsidium* admis seulement à défaut de tout autre moyen ; or ici les enfants en avaient bien un, celui de la loi 6, de *secundis nuptiis* ; dès lors comment leur reconnaître le droit de recourir à la *querela inof. dotis*. Bien entendu, il en serait différemment, si dans un cas déterminé, la loi 6 ne s'appliquait pas, si par exemple, les légitimaires ont renoncé aux dispositions contenues dans l'édit.

3° Une fille constitue en dot, à son mari tous ses biens ; puis elle décède ; les ascendants lésés par cet acte, pourront l'attaquer par la *querela inof. dotis*.

4° Enfin dans une dernière hypothèse, la dot se trouve être inofficiieuse lorsqu'une sœur en épousant une *persona turpis*, lui donne, pour subvenir aux charges du mariage, tous les biens qu'elle possède. Le frère, privé par là de sa légitime, est admis à s'en plaindre.

138. — Quant aux effets de cette action, elle n'opère jamais une révocation intégrale de la dot, mais seulement un retranchement dans la mesure de l'atteinte portée à la légitime. Ceci résulte des derniers mots de la constitution de Constantin que j'ai citée plus haut : *ut filiis conquerentibus emolumenta debita conferantur*, et de l'*interpretatio* qui s'y réfère ; voici comment elle est conçue : *quoties per dotem ita omnis hereditas eva-*

*cuata probatur, ut quarta hereditatis ipsis non fuerint reservata, liceat filiis ad similitudinem inofficiosi testamenti contra dotem agere et debitam sibi portionem ex lege repetere.*

Il ne faut pas objecter que dans la loi 1 (Code *si adversus dotem* II, 34), l'empereur Alexandre Sévère accorde au demandeur, (le frère de la défunte) une *restitutio in integrum*; c'est qu'il ne s'agit pas d'une *querela inof. dotis* proprement dite, puisque cette loi déclare que la sœur, en constituant la dot, avait été *circumventa*.

---





DEUXIÈME PARTIE



ANCIEN DROIT FRANÇAIS



## NOMS DES AUTEURS CITÉS

### DANS LA DEUXIÈME, TROISIÈME ET QUATRIÈME PARTIE

ARGENTRÉ (D'). — *Commentarii in consuetudines ducatus Britanniae*, 1621.

ARGOU. — *Institutions au droit français*. Paris, 1787.

AUBRY. — *Avancement d'hoirie*. — *Renonciation à succession* dans la *Revue Pratique*, t. III, 1857.

AUBRY ET RAU. — *Cours de droit civil français*. Paris, 1875, 4<sup>me</sup> édition.

BAYLE MOUILLARD sur Grenier.

BEAUGRAND. — *Jurisprudence (question d'adoption)* dans la *Revue Pratique*, 1869, t. XXVIII.

BEAUMANOIR. — *Coutumes de Beauvoisis*, ed. Beugnot.

BEAUNE. — *La condition des Biens*. Paris, 1886.

BEAUTEMS-BEAUPRÉ. — *De la portion des biens disponible et de la réduction*. Paris, 1858.

BELOST-JOLIMOT sur Chabot.

BOISSONADE. — *Histoire de la réserve héréditaire*.

BONIFACE. — *Arrests notables de la Cour du Parlement de Provence, Cour des Comptes, aydes et finance du même Païs*. Lyon, 1708.

BOUHIER. — *Observations sur la coutume de Bourgogne*.

BOURJON. — *Droit commun de la France*.

BOUTELLIER. — *La Somme rurale*.

BRESSOLLES. — *Réflexions sur le cumul de la quotité disponible et de la réserve dans le cas de renonciation à la succession par un donataire en avancement d'hoirie*. Dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, tome XVII, 1860.

BRETONNIER. — *Recueil par ordre alphabétique des principales questions de droit*. Paris, 1783.

- CADÈS. — *Traité des enfants naturels mis en rapport avec la doctrine et la jurisprudence*, 1846.
- CAMBOLAS. — *Décisions notables de droit*.
- CANCIANI. — *Barbarorum leges antiquæ*. Venetii, 1781.
- CHABOT. — *Commentaire sur la loi des successions formant le titre I du livre III, du Code civil*, 1818.
- CHAMBELLAN. — *Études sur l'histoire du droit français* (1848).
- CHAMPAGNE (GUILL. DE LA). — *Traitez de la légitime, de la représentation et des secondes noces*. Paris, 1720.
- CASAVETRI. — *Consuetudines Tolosæ cum declarationibus*. Tolosæ, 1544.
- CÉSAR. — *De bello gallico*.
- CICÉRON. — *Topiques*.
- COIN DELISLE. — *Limite du droit de rétention par l'enfant donataire renonçant*. 1852, Paris.
- *Commentaire analytique du Code civil. Livre III, tit. II. Donations et testaments*. Paris, 1841.
- COTELLE. — *Cours de Droit français ou du Code Napoléon approfondi*. Paris, 1813.
- DELAPORTE. — *Pandectes françaises*.
- DELVINCOURT. — *Cours de droit civil*. Paris, 1819.
- DEMANTE. — *Cours analytique du Code civil*. Paris, 1884.
- DEMANTE (GAB.) — *Du calcul de la quotité disponible au cas de l'art. 845 du Code Napoléon*, 1863.
- *Avancement d'hoirie. Quotité disponible dans la Revue Critique de Jurisprudence*, t. II, 1852.
- DEMOLOMBE. — *Traité des donations entre vifs et des testaments*. Paris, 1876.
- DENIZART. — *Collection de décisions nouvelles et de questions relatives à la jurisprudence actuelle*. Paris, 1771.
- DESPEISSES. — *De la légitime* (Titre IV, t. I, de ses œuvres).
- DOMAT. — *Les lois civiles dans leur ordre naturel*. Paris, 1777.
- DONEAU. — *Com. juris civilis*.
- DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN. — *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 1851.
- DUFOUR. — *Examen critique de quelques points de législation et de jurisprudence en matière de rapport à succession dans*



- la *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique*. t. III, 1836.
- DUMOULIN. — *Coutume de Paris. Consilia*.
- DUPLESSIS. — *Traité sur la coutume de Paris*, 1757.
- DURANTON. — *Cours de droit français suivant le Code civil*, 1844.
- DUVERGIER. — *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, 1825.
- EICHORN. — *Deutsche Staats und Rechtsgeschichte*. Gottingen, 1834.
- EXPILLY. — *Playdoyez. Ensemble plusieurs arrêts et règlements notables du Parlement de Grenoble*. Paris, 1619.
- FACHINÆUS. — *Controversiarum juris libri tredecim*. Coloniae Agrippinæ, 1644.
- FAVART. — *Répertoire de la nouvelle législation civile commerciale et administrative*, 1823.
- FAVRE. — *Des erroribus pragmaticorum*.
- FENET. — *Recueil complet des travaux préparatoires ou motif du Code civil*, 1836.
- FERRIÈRE. — *Nouvelle introduction à la pratique contenant l'explication des termes de la pratique, de droit et des coutumes avec les juridictions de France*, 1785.
- *Commentaires sur la coutume de Paris*.
- FONTAINE (PIERRE DE). — *Conseil à un ami*, éd. Marnier, 1846.
- FOUET DE CONFLANS. — *Esprit de la jurisprudence des successions*, 1839.
- FURGOLÉ. — *Traité des testaments, codicilles, donations à cause de mort et autres dispositions de dernière volonté*. Paris, 1779.
- FUSTEL DE COULANGES. — *Recherches sur cette question : Les Germains connaissaient-ils la propriété des terres. Dans Séances et Travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, t. XXIII et XXIV, 1885.
- GARSONNET. — *Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée*. Paris, 1879.
- GEOFFROY. — *Rome et les Barbares. Étude sur la Germanie de Tacite*. Paris, 1874.
- GINOULHIAC. — *Sur la nature de la légitime ou réserve d'après Dumoulin et la jurisprudence*, 1846.

- *Cours de droit coutumier français dans ses rapports avec notre droit actuel; dans la Revue historique de droit français et étranger*, t. V, 1859.
- GLASSON. — *Histoire du droit et des institutions de la France*. Paris, 1887.
- *Le droit de succession dans les lois Barbares*, 1886.
- *Observations sur la famille et la propriété chez les Germains*. Orléans, 1885.
- GRENIER. — *Traité des donations des testaments*, 4 éd. augmentée par Bayle Mouillard, 1847.
- GROS. — *Recherches sur les droits successifs des enfants naturels*, 1875.
- GUIRAUD. — *Histoire du droit français au moyen âge*, 1846.
- GUY COQUILLE. — *Coutume de Nivernais*, édition de M. Dupin, 1864.
- HÉAN. — *Réserve des ascendants dans la Revue Pratique*, t. XXIV, 1867.
- HENRYS. — *Œuvres*.
- IZAMBERT, DECRUZY, JOURDAN et TAILLANDIER. — *Recueil général des anciennes lois françaises depuis 420 jusqu'à 1789*.
- KLIMRATH. — *Étude sur les coutumes*. Dans les *Travaux sur l'histoire du droit*, 1843.
- LABBÉ. — *De la manière de calculer la réserve*.
- LABOULAY et DAVESTE. — *Le grand coutumier de France*. Paris, 1868.
- LAFFERRIÈRE. — *Histoire du droit français*.
- LAGRANGE. — *De la nature de la réserve légale dans la Revue de droit français et étranger*, 1844.
- LAPEYRÈRE. — *Décisions sommaires du Palais*. Bordeaux, 1749.
- LAURENT. — *Principes du droit civil français*. Bruxelles et Paris, 1878.
- LAURIÈRE. — *Textes des coutumes de la prévôté et vicomté de Paris*. Paris, 1777.
- LAVELEY. — *De la propriété et de ses formes primitives*. Paris, 1878.
- LEBRUN. — *Traité des successions*, 1778.
- LEHOUEOU. — *Histoire des Institutions mérovingiennes et carlovingiennes*, 1843.

- LEFORT. — *Histoire des contrats de location perpétuelle ou à longue durée*, 1874.
- LEVASSEUR. — *Portion disponible ou Traité de la portion de biens dont on peut disposer*, 1805.
- LOCRE. — *Législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des cinq codes*.
- LOISEAU. — *Traité des enfants naturels adultérins ou incestueux et abandonnés*. Paris, 1819.
- LOUET. — *Recueil de plusieurs arrêts notables du Parlement de Paris*, 1742.
- MACHELARD. — *Dissertation de droit romain et de droit français*, éd. Labbé, 1882.
- MACKELDEY. — *Théorie des Erbfolgeordnung*.
- MAGNARD. — *Notables et singulières questions de droit écrit jugées au Parlement de Toulouse*, 1751.
- MALLEVILLE. — *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, 1821.
- MARCADÉ. — *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*.
- *Quotité disponible. Réserve. Renonciation dans la Revue critique de jurisprudence*, t. I, 1851.
- MASSÉ. — *Le parfait notaire ou la science du notariat*, 1828.
- MAURER (G. L. von). — *Einleitung zur Geschichte der Markhofdorferfassung*, 1854.
- MERLIN. — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*. Bruxelles, 1828.
- *Recueil alphabétique des questions de droit*. Bruxelles, 1828.
- MERVILLE. — *Réserve des ascendants dans la Revue de droit français et étranger*.
- MOMMSEN. — *Histoire Romaine*, trad. par Cagnat et Tourtain. Paris, 1887.
- MONTESQUIEU. — *Esprit des lois*.
- MONTVALLON. — *Traité des successions conformément au droit romain et aux ordonnances du Royaume*. Aix, 1780.
- MORGUES. — *Statuts et coutumes du Pays de Provence*. Aix, 1658.
- NICOLAS. — *Manuel du partage des successions*, 1855.
- OLIVE. — *Questions notables de droit décidées par divers ar-*

- rests de la Cour du Parlement de Toulouse. Toulouse, 1682.*
- PAPON. — *Recueil d'arrests notables des cours souveraines de France. Paris, 1609.*
- PARDESSUS. — *Mémoire sur l'origine du droit coutumier en France et sur son état jusqu'au XIII<sup>e</sup> siècle dans les Mémoires de l'Institut royal de France. Académie des Inscriptions et Belles-Lettres, t. X, (1833).*
- PERTZ. — *Monumenta Germaniae historica.*
- PONT. — *Avancement d'hoirie. — Renonciation dans la Revue de législation et de jurisprudence, t. II, 1843.*
- POTHIER. — *Traité des donations testamentaires.*  
— *Coutumes des duché, baillage et prévôté d'Orléans et ressort d'iceux. Paris, 1776.*
- PROUDHON. — *Traité sur l'état des personnes. 5<sup>e</sup> édit. augmentée par M. Valette.*
- POUJOL. — *Traité des successions, 1827.*
- RAGON. — *Théorie de la rétention et de l'imputation des dons faits à des successibles. Paris, 1862.*
- RENUSSON. — *Traité des propres.*
- RICARD. — *Traité des donations, 1757.*
- RICHEBOURG. — *Nouveau coutumier général ou corps des coutumes générales et particulières de France et des Provinces, 1724.*
- RICHEFORT. — *Traité de l'état des familles légitimes et naturelles et des successions irrégulières, 1842.*
- ROCHE-FLAVIN. — *Arrests notables du Parlement de Toulouse. Toulouse, 1745.*
- RIFFÉ. — *Traité de l'adoption.*
- RODIÈRE. — *Avancements d'hoirie. — Renonciation dans la Revue de législation et de jurisprudence. 1850 (année).*  
— *Réserve des frères et sœurs dans Académie de législation de Toulouse, t. VIII, 1859.*
- ROUSSEAUD DE LA COMBE. — *Recueil de jurisprudence civile des pays de droit écrit et coutumier par ordre alphabétique. Paris, 1769.*
- ROUSSILHE. — *Les institutions au droit de légitime ou recueil de la jurisprudence actuelle concernant la légitime et supplément d'icelle. Avignon, 1770.*

- *Traité de la dot*, 1856.
- ROZIÈRE. — *Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs du V<sup>e</sup> à X<sup>e</sup> siècle*, 1859-1871.
- SAINTESPÈS-LESCOT. — *Des donations entre vifs et des testaments*, 1855-1861.
- SAVIGNY. — *Histoire du droit romain au moyen âge*, trad. de Guenoux, 1839.
- SERRE. — *Des institutions du droit français*. Paris, 1778.
- TACITE. — *De moribus germanorum*.
- TAULIER. — *Théorie raisonnée du Code civil*, 1840-46.
- THÉZARD. — *Des dons faits à des successibles*, dans la *Revue critique de jurisprudence*, 1884.
- THIERS. — *Histoire du consulat et de l'Empire*.
- TOUILLIER. — *Droit civil français suivant l'ordre du Code*.
- TROPLONG. — *Traité des donations entre vifs et des testaments*, 1872.
- VALETTE. — *Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation recueillis et publiés par MM. Hérold et Lyon-Caen*, 1880.
- VASQUIUS. — *De successionibus et ultimi voluntatibus*. Impressum Francoforti ad Maenum. Anno MDLXXVII.
- VAZEILLE. — *Résumé et conférence des commentaires du Code civil sur les successions, donations et testaments*, 1847.
- VERNET. — *Traité de la quotité disponible*, 1855.
- VIOLLET. — *Caractère collectif des premières propriétés immobilières*. Paris, 1872.
- *Edition des Etablissements de S.-Louis*.





# ANCIEN DROIT DE LA FRANCE

DEPUIS LA CONQUÊTE DE LA GAULE PAR LES ROMAINS

JUSQU'A LA RÉVOLUTION DE 1789

---

Je diviserai cette seconde partie de mon travail en trois chapitres : dans le premier je rechercherai rapidement comment la famille était protégée contre les actes à titre gratuit de son chef depuis la conquête de la Gaule par les Romains jusqu'à la rédaction officielle des coutumes, au xvi<sup>e</sup> siècle ; le second chapitre sera consacré à l'étude, dans les pays coutumiers, *des Réserves coutumières et de la légitime de droit*, dans le dernier état de l'ancien droit. Dans le troisième, je m'occuperai *de la légitime romaine*, dans les pays de droit écrit, en me plaçant à la même époque.

## CHAPITRE PREMIER

COMMENT LA FAMILLE ÉTAIT-ELLE PROTÉGÉE CONTRE LES ACTES A TITRE GRATUIT DE SON CHEF, DEPUIS LA CONQUÊTE DE LA GAULE PAR LES ROMAINS JUSQU'A LA RÉDACTION OFFICIELLE DES COUTUMES AU SEIZIÈME SIÈCLE ?

SOMMAIRE : 1. Division de la Gaule lors de la conquête romaine. — 2. Les Gaulois connaissaient-ils le testament ? L'opinion dominante est qu'ils l'ignoraient. — 3. Conséquences au point de vue de la disposition des biens. — 4. Sous la domination romaine, la famille gauloise fut protégée contre les actes de disposition du père, par la théorie de la légitime et de la *querela inofficiosi testamenti*. — 5. Invasion des Barbares : coexistence de la législation barbare et de la législation romaine. — 6. Monuments législatifs : la loi des Wisigoths et le Bréviaire d'Alaric ; la *lex Gundobalda* et la *lex romana Burgondiorum* ; la *lex Salica* et la *lex ripuaria*. — 7. Restrictions apportées par les lois barbares et romaines au droit de disposer à titre gratuit. — 8. De l'étendue du droit de tester au XIII<sup>e</sup> siècle : distinction entre l'héritage et les meubles et acquêts. 9. — Rédaction officielle des coutumes. — 10. Division de la France en Pays de *droit coutumier* et Pays de *droit écrit*. — 11. Séparation topographique de ces deux zones.

1. — Lors de la conquête de César (59 av. J.-C.), on distinguait dans la Gaule deux parties : 1<sup>o</sup> *La Province romaine*, dite aussi *Gallia braccata* (à cause des braies ou hauts de chausses que portaient les habitants), ayant pour

limites à l'Est les Alpes ; au Nord, le Rhône depuis le lac de Genève jusqu'à Vienne ; à l'Ouest, les Cévennes et le cours de la Garonne ; au sud, les Pyrénées et la Mer Méditerranée<sup>1</sup>. 2° *La Gaule libre ou chevelue* (*Gallia comata*) ainsi nommée à cause des longs cheveux qui distinguaient ses habitants. Trois populations se divisaient cette dernière contrée au moment où César parut en Gaule : au nord, les Belges, au midi, les Aquitains ; au centre, les Gaulois ou Celtes. Ces derniers seuls nous intéressent.

2. — Les documents que l'on peut consulter à l'égard de l'état juridique de la Gaule Celtique à l'époque de la conquête romaine sont rares et consistent presque uniquement dans quelques passages des *Commentaires* de César et de la géographie de Strabon. César nous apprend que l'autorité domestique était aussi sévère, aussi rigoureuse chez les Gaulois qu'à Rome, le père de famille ayant un pouvoir absolu sur sa femme et sur ses enfants, le droit de vie et de mort<sup>2</sup>. — A propos des successions, César nous dit que les affaires qui les concernaient étaient jugées par les Druides : *si de hereditate, si de finibus controversia est, iidem decernunt*<sup>3</sup>. Mais s'agit-il là seulement de la succession *ab intestat*, ou bien aussi de la succession testamentaire, en d'autres termes les Gaulois ignoraient-ils le testament ? Cette question

<sup>1</sup> Marseille et Nice étaient indépendantes. Voy. à cet égard : Th. Mommsen *Histoire romaine* trad. par R. Cagnet et J. Toutain t. IX, 1<sup>re</sup> livraison, Paris 1887, p. 98.

<sup>2</sup> « *Viri in uxores sicut in liberos vitæque necisque habent potestatem* (*De bello gallico* VI, 19). 80, notes 3 et 4. — Chambellan, *Etudes sur l'histoire du droit français*, 1858, p. 280. — Ginoulhiac, *Cours élémentaire d'histoire du droit français* 1884, p. 27 et suiv. — Beaune, *op. cit.* p. 45 et 46.

<sup>3</sup> César, *de bello gallico* VI, cap. XIII.

est difficile à résoudre, car les documents font défaut. Il est probable qu'ils ne l'ont pas connu : d'abord les coutumes de l'Irlande, du pays des Galles et les coutumes germaniques ne l'admettaient pas non plus ; en outre, pour que le testament apparaisse, il faut que la propriété ait revêtu la forme individuelle ; or, il semble qu'en Gaule, elle était plutôt collective. D'ailleurs César, qui n'était pas étranger à la science du droit, se sert de l'expression *hereditas*, qui employée seule, signifiait, sous la République et au temps de l'auteur des *Commentaires*, l'hérédité légitime, celle transmise par droit et non par testament. *Hereditas*, dit Cicéron, *est pecunia quæ morte alicujus ad quempiam pervenit jure, nec ea aut legata testamento aut possessione retenta*<sup>1</sup>. Je n'invoquerai pas à l'appui de cette opinion le passage d'une lettre de Symmaque au poète Auson : « *gignuntur, non scribuntur heredes*<sup>2</sup>. M. Chambellan a pleinement démontré qu'il ne prouve pas l'existence du testament chez les Gaulois, et qu'il exprime seulement par une figure de rhétorique, que le courage et l'éloquence sont des dons naturels à ce peuple<sup>3</sup>. Suivant M. Laferrière, la faculté de tester fut pratiquée par les Celtes<sup>4</sup>. Les Galates de l'Asie Mineure, avaient obtenu du Sénat de Rome, en 586, l'autorisation de vivre selon leurs propres lois et coutumes, or, saint Paul dans l'épître qu'il leur adresse cite, pour se faire comprendre de ces peuples, l'exem-

<sup>1</sup> Cicéron : *Topiques* VI.

<sup>2</sup> *Epist.* I, 15.

<sup>3</sup> Voyez en ce sens : M. Garsonnet. *Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée*. Ouvrage couronné par l'Académie 1879, p. 35. — M. Boissonade, *op. cit.* 157, note e.

<sup>4</sup> Laferrière. *Histoire du droit français*, t. II, p. 88.



ple du testament<sup>1</sup> ; d'où le savant auteur conclut qu'il en fut de même en Gaule. — Ce rapprochement est peu probant, car le testament étant en usage en Grèce, il est permis de voir là, un emprunt fait, comme tant d'autres, par les Galates, aux peuples de langue grecque qui les entouraient.

3. — En absence, donc, de testament, les enfants des Gaulois n'avaient point à craindre d'être dépouillés des biens paternels par des dispositions testamentaires. Quant aux donations entre vifs, comme le fait remarquer M. Boissonade, il est vraisemblable qu'elles se pratiquaient peu et seulement pour des objets mobiliers ou d'une minime valeur<sup>2</sup>. D'ailleurs les enfants trouvaient une protection suffisante contre l'abus du pouvoir de disposer chez le chef de la famille, dans le *condominium* qui, je le conjecture, devait exister en Gaule comme chez les autres peuples de même race<sup>3</sup>.

4. — La conquête romaine eut pour résultat la transformation du droit de l'ancienne Gaule. Le vieux droit national disparut bientôt, et les Gaulois acceptèrent les lois des Romains avec leur langue et les mœurs, et participèrent aux avantages de la même civilisation. Le droit qui régit le pays conquis fut donc le droit romain dont les sources y durent être à peu de chose près, les mêmes qu'à Rome<sup>4</sup>. Il résulte de là que sous

<sup>1</sup> *Epi.* chp. III, 15, 47, 18.

<sup>2</sup> Boissonade. *Histoire de la réserve héréditaire*, p. 158.

<sup>3</sup> M. Garsonnet *op. cit.* p. 34.

<sup>4</sup> Voyez sur les sources du droit romain observé en Gaule : M. Glasson *Histoire du droit et des institutions de la France*. I. *La Gaule Celtique*. II. *La Gaule romaine*. Paris 1887, p. 197-235. — Savigny. *Histoire du droit romain au moyen âge*, trad. par Guénoux, p. 33 et suiv. t. I. — Beaune, *op. cit.* p. 80 et suiv.

la domination romaine, la famille gauloise fut protégée contre les actes de disposition à titre gratuit du père, par la théorie de la *légitime* et par celle de la *querela inofficiosi testamenti*, telles que je les ai étudiées dans la première partie de ce travail à laquelle je renvoie le lecteur. — Notons que dans le midi de la Gaule, l'usage du testament et de l'institution d'héritier, tel qu'il se pratiquait à Rome, prit facilement racine. Dans le nord, au contraire, les populations préférèrent le codicille qui laissait à l'hérédité son caractère de succession *ab intestat* et qui respectait, par conséquent, les droits du sang, les droits de la famille.

5. — A la suite de l'invasion des Barbares, la Gaule au v<sup>e</sup> siècle, se trouvait ainsi divisée : 1<sup>o</sup> un royaume gallo-romain, dans les vallées de l'Oise et de la Marne ; 2<sup>o</sup> un royaume wisigoth, avec le pays situé entre les Pyrénées, la Méditerranée, la Loire, le Rhône et l'Océan ; 3<sup>o</sup> un royaume burgonde, comprenant la vallée de la Saône et celle du Rhône ; 4<sup>o</sup> au nord et sur le Rhin, des tribus franques, divisées en deux groupes : les Francs Saliens et les Francs Ripuaires ; 5<sup>o</sup> les cités armoricaines libres, sous des chefs indigènes ou des magistrats municipaux, entre les bouches de la Loire et celles de la Seine.

Ces différents peuples apportèrent avec eux des coutumes locales mais ne les imposèrent pas à la population gallo-romaine ; aussi y eut-il d'une part : la législation barbare, d'origine germanique et d'autre part la législation romaine qui s'appliquait à la population vaincue. Il résulte de là qu'à cette époque les lois étaient personnelles et non territoriales. Ce n'était pas

la portion habitée par chaque sujet qui déterminait la loi à son égard, mais sa nationalité.

6. — Dans le royaume des Wisigoths nous trouvons deux monuments législatifs : 1° la *lex wisigothorum*, applicable aux Wisigoths, 2° le *Breviarium Alarici* rédigé, en 506 sous le règne d'Ularic II, roi des Wisigoths et destiné à ses sujets Gallo-Romains. — Dans le royaume Burgonde nous trouvons également deux recueils : 1° la *lex Gundebalda*, contenant l'ensemble des règles du droit qui régissait les Bourguignons : 2° la *lex romana Burgondionum* renfermant les lois auxquelles étaient soumis les Gallo-Romains de ce royaume. Les Francs avaient aussi leurs lois nationales : les Saliens suivaient la *lex Salica*, les Ripuaires suivaient la *lex Ripuaria*. Dans le Nord et Nord-Est, on ne trouve point de nouveau code romain, aucune tentative de recueillir et de rédiger la loi romaine pour les anciens habitants. Il est certain cependant qu'elle a continué de les régir, car nous voyons les lois Salique et Ripuaire répéter constamment que les Romains seront jugés selon la loi romaine. Ce fut le *Bréviaire d'Alaric* qui fournit aux Francs les éléments du droit romain, dont ils firent usages pour leurs Gallo-Romains.

7. — Voyons maintenant les restrictions apportées par ces monuments législatifs à la liberté de disposer de ses biens à titre gratuit. Pour éviter toute confusion possible, il est essentiel de distinguer entre les lois barbares et celles qui ont été faites pour l'usage des Romains. Je m'occuperai d'abord des premières. Mais avant de rechercher si les Barbares admettaient l'existence d'une portion indisponible au profit de certains héritiers, comme on ne peut disposer que de ce dont on

est individuellement propriétaire, il n'est pas sans intérêt de se demander si les Germains connaissaient la propriété privée.

Avant leur établissement en Gaule, les Germains connaissaient la propriété individuelle, appliquée aux meubles : leur principale richesse consistait en armes, chevaux, bétail. Mais en était-il de même de la propriété foncière ? César en parlant des Suèves, un des peuples les plus considérables de la Germanie, nous dit : *privati ac separati agri apud eos nihil est*<sup>1</sup>. Et ailleurs, à propos des Germains considérés cette fois en général, il s'exprime à peu près de même : *Neque quidquam agri modum certum aut fines habet proprios sed magistratus ac principes in annos singulos gentibus cognitionibusque hominum qui una coierunt quantam et quo loco vitum est agri attribuerunt, atque anno post alio transire cogunt*<sup>2</sup>. Ce texte est clair, formel : l'individu n'avait donc pas de terre en propre : les magistrats et les princes y distribuaient périodiquement, à chacun, les terres à labourer, en en déterminant l'étendue et l'emplacement, conformément au consentement commun des habitants ; mais ils ne leur permettaient pas que personne cultivât, deux années de suite, le même champ. — Un siècle et demi plus tard, au temps de Tacite, les Germains possédaient des demeures stables<sup>3</sup>. A l'époque donc de l'historien romain, les Germains connaissaient la propriété foncière : la maison consti-

<sup>1</sup> César *de bello gallico* IV, I.

<sup>2</sup> César *de bello gallico* VI, I.

<sup>3</sup> Tacite *Germanie* 16 : *Suam quisque domum* 20 *in omni domo* — 21 *arcere tecto*.

tuait la propriété de la famille et le chef n'en était que l'administrateur<sup>1</sup>.

Mais cette propriété s'étendait-elle aux terres labourables ? Si nous consultons Tacite à cet égard, nous y trouvons dans le chapitre XXVI du *de moribus Germanorum* le passage suivant : *Agri pro numero cultorum ab universis vice<sup>2</sup> occupantur, quos mox inter se secundum dignationem partiuntur. Facilitatem partiendi camporum spatia probant. Arva per annos mutant et superest ager*. Suivant l'opinion partagée par la plupart des auteurs et que je crois fondée, Tacite a voulu dire que les Germains ignoraient la propriété privée des terres, qu'ils possédaient le sol en commun et changeaient de lots de culture chaque année<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Glasson. *Observations sur la famille et la propriété chez les Germains*. Orléans 1885, p. 21.

Suivant mes savants maîtres M. Garsonnet (*op. cit.* p. 42), et M. Glasson. (*Le droit de succession dans les lois barbares* 1886, p. 9), le terrain qui entourait l'habitation était également la propriété du Germain : on l'appelait *terre salique*. « La terre Salique, dit Montesquieu, était cette enceinte qui dépendait de la maison du Germain, c'était la seule propriété qu'il eût » (*Esprit des lois* liv. XVIII, ch. XXII). — voy. dans le même sens M. de Lavelay. *De la propriété et de ses formes primitives*. Paris 184, p. 76.

<sup>2</sup> Le Vaticanus de 1815 porte *vices*, celui de 1862 *in vices* : le Leydanus *in vicem*. M. Holder adopte la leçon *vice* d'après le manuscrit de Naples. Voy. sur ce point M. Geoffroy *Rome et les Barbares. Etude sur la Germanie de Tacite*, Paris 1874, p. 178, note 4.

<sup>3</sup> En ce sens M. Garsonnet *op. cit.* p. 43-44. — Lehuéron *Histoire des Institutions carlovingiennes et du gouvernement des Carlovingiens*. Paris 1843, p. 44. — Von Maurer *Einleitung zur Geschichte der Markhof und dorf verfassung* 1854.

Eichhorn a prétendu que ce passage de Tacite signifie que les Germains pratiquaient l'assolement triennal. (*Deutsche Staats und Rechtsgeschichte*. Göttingen 1834, t. I, § 14, a p. 63, note e). Mais son opinion a été combattue par M. Rocher, professeur à l'université de Leipzig, dans ses *Principes d'Economie politique*. — Tout récemment



Après leur établissement en Gaule, les Germains partageaient, l'habitation et la terre avec les Gallo-Romains. Le lot obtenu prit le nom de *sortes* ou *terra sortio titula acquisita* ; dès lors la propriété privée des terres leur devint accessible <sup>1</sup>.

Primitivement, il n'existait chez les barbares qu'un seul mode de disposer à titre gratuit, c'étaient les donations entre vifs ; en effet Tacite atteste que les Germains ignoraient l'usage du testament et par suite les successions testamentaires : *Heredes successorumque sui cuiusque liberi*, dit-il, *et nullam testamentum. Si liberi non sunt, proximus gradus in possessione fratris patris avunculi* <sup>2</sup>. L'étaient toujours les plus proches du défunt qui recueillaient les biens : la législation germanique admettait donc un principe opposé à celui du droit romain. Cependant le testament s'introduit rapidement parmi les Barbares sous l'influence du droit ro-

M. Fustel de Coulanges dans un remarquable mémoire lu à l'Académie des Sciences Morales et Politiques et intitulé « *Recherches sur cette question, les Germains connaissaient-ils la propriété des terres* » a prétendu que les Germains tout en changeant de place étaient de véritables propriétaires, (Voy. *Sciences et Travaux de l'Académie des sciences morales et politiques* t. XXIII, 1885 et t. XXIV, p. 1 et suiv.). On peut lire dans le même recueil les observations que MM. Aucoc et Ravaisson ont présenté contre la manière de voir de M. Fustel de Coulanges, observations pleines de force et de justesse. — Voyez encore sur cette question de la propriété territoriale des Germains Lefort. *Histoire des contrats de location perpétuelle ou à longue durée*. Paris 1875. — P. Viollet. *Caractère collectif des premières propriétés immobilières*. Paris 1872, p. 7 et suiv.

<sup>1</sup> La propriété privée existait pour les Germains aussi sur les terres restées vacantes et que le droit germanique leur reconnaissait le droit d'occuper et de mettre en culture. Voy. M. Garsonnet, *op. cit.* p. 196 et suiv.

<sup>2</sup> Tacite de *moribus Germanorum*, chp. XX.

main et surtout sous celle du clergé, qui, trouvant dans ce mode de disposition le moyen de multiplier les œuvres pies et les offrandes aux églises, s'efforça de le répandre de plus en plus. Il se servit même des armes spirituelles pour assurer l'exécution des dernières volontés faites en sa faveur. De nombreux conciles frappèrent d'excommunication les héritiers qui n'exécutaient pas les dispositions testamentaires faites au profit d'une église, d'un monastère ou d'un pontife. Aussi trouvons-nous le testament mentionné dans les lois des Alamans, des Bavares, des Wisigoths et des Burgondes.

Cela étant posé, je reviens au point annoncé plus haut à l'examen des restrictions apportées, par les lois barbares à la liberté de disposer de ses biens à titre gratuit :

D'après la loi des Wisigoths, la *lex wisigothorum* qui avait subi le plus l'influence romaine, le droit de disposer de la totalité de ses biens, n'appartenait qu'à celui qui ne laissait pas de descendants <sup>1</sup>. S'il avait des enfants, la loi fixait la quotité disponible à un tiers en faveur de l'un des enfants *melioraræ filium*, et en outre à un cinquième en faveur d'un étranger ou de l'Eglise<sup>2</sup>. — Si le descendant s'était rendu coupable de torts graves envers son père ou sa mère, ces derniers pouvaient

<sup>1</sup> *Lex wisigothorum*, lib. IV, tit. II, § 20.

<sup>2</sup> *Lex wisigothorum* lib. IV, tit. V, § 1 : *Pater aut mater avis aut avia, quibus quempiam filiorum vel nepotum meliorandi voluntas est, hanc servant omnino censuram : est super tertiam partem rerum suarum, meliorandi filiis aut filiabus vel nepotibus atque neptibus, ex omnibus rebus suis amplius nihil impendant, neque facultatem suam ex omnibus in extreneam personam transducant, nisi fortasse provenierit eos legitimos filios aut nepotes, non habere superstites... Sane si filios sive nepotes habentes, ecclesiis vel libertis aut quibus elegerint, de facultate sua largiendi facultatem habuerint extra illam tertiam portionem quæ superius dicta est, quinta iterum pars separabitur.*

l'exhéréder ; mais la loi des Wisigoths admettait le pardon et par suite le rappel à la succession <sup>1</sup>.

Une femme veuve ne pouvait disposer que du quart de sa dot, c'est-à-dire de ce qu'elle avait reçu de son mari ; les trois autres quarts étaient réservés aux enfants issus de son mariage avec le donateur, ce n'est qu'à défaut de descendants que la loi autorisait la veuve de disposer de la totalité de sa dot <sup>2</sup>. Remarquons que le Fisc ne jouissait d'aucune faveur spéciale.

Sur le point dont je m'occupe en ce moment, la *lex Gundebalda* faisait une distinction fondamentale basée sur l'origine des biens : Nous lisons dans le § 1 du tit. I : *Quia nihil de præstita patribus donandi licentia vel munificentia dominantium legibus fuerat constitutum, præsentì constitutione omnium uno voto et voluntate decrevimus, ut patri etiam antiquam dividat, de communi facultate et de labore suo cuilibet donare liceat ; ubique terra sortis titulo adquisita de qua prioris legis ordo servabitur* <sup>3</sup>. Ainsi s'agissait-il de biens que le père avait acquis par son travail, par son labeur persévérant, celui-ci pouvait en disposer gratuitement, suivant sa volonté. S'agissait-il de la *sors*, du lot qui lui fut attribué dans le partage opéré lors de l'établissement des Burgondes en Gaules, le père n'avait pas la faculté d'en faire ce qu'il voulait, il devait au contraire le réserver à ses descendants <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> La loi cite des exemples de torts graves : voyez le liv. IV, tit. V, § 4.

<sup>2</sup> *Lex wisigothorum* lib. XIV, tit. I, 2.

<sup>3</sup> *Lex Gundebalda* dans Pertz : *Monumenta Germaniæ historica*, t. III, p. 532.

<sup>4</sup> La loi, dans le § 3, lui défendait également de disposer des bénéfices.

Notons d'une autre part que chez ce peuple il était d'usage que le chef de famille, par un acte entre vifs partageât, par parts égales, sa succession entre lui et ses fils <sup>1</sup>, dans ce cas, l'ascendant et ses enfants obtenaient chacun une portion de biens dont ils pouvaient librement disposer <sup>2</sup>. Seulement je m'empresse d'ajouter que si le père venait à se remarier et que des enfants vinssent à naître de cette union, ces derniers devaient seuls hériter de la part qu'il s'était réservée et dès lors il perdait le droit d'en disposer à son gré <sup>3</sup>. Quoique le texte suppose que les enfants soient nés d'un second mariage, M. Boissonade est porté à croire que la solution serait la même pour de nouveaux fils nés de la même épouse <sup>4</sup>.

La loi sanctionnait cet usage au moyen d'une peine qu'elle prononçait contre celui qui ne l'avait pas observé. Ainsi je vois au titre LI § 1 *de his qui debitas filiis substantiæ suæ non traderint portiones* qu'un certain Athila, ayant disposé de son patrimoine en faveur de personnes étrangères, sans faire tradition à son fils de la *debita portio*, le législateur annula toutes les donations par lui faites et attribua la fortune de ce père à son fils, puis statuant pour l'avenir, il déclara nulles et non avenues (*nullius poterit esse momenti*) toutes les donations faites par les parents, lorsqu'elles auraient pour effet de frauder les enfants (*in præjudicium filiorum*) de la part qu'un partage légal leur aurait attribuée dans les biens de la famille.

<sup>1</sup> ... *in populo nostro, antiquitus fuerat consuetudo servata, ut pater cum filiis propriam substantiam æquo iure divideret.*

<sup>2</sup> *Lex Gondebalda*, tit. XXIV, § 5.

<sup>3</sup> *Lex Gondebalda*, tit. I, § 2.

<sup>4</sup> M. Boissonade, *op. cit.* p. 188, note c.

Chez les Francs, ni la loi salique, ni celle des Ripuaires, ne mentionnent le testament; il est vrai que nous trouvons dans cette dernière, l'expression de *testamentum*, mais elle y a le sens d'*acte écrit*<sup>1</sup>. Les descendants sont les seuls héritiers de leur père, et à leur défaut, la succession passe de plein droit aux parents les plus proches. *Solus Deus heredem facere potest, non homo*. Il résulte de là que le défunt ne peut disposer à cause de mort et par conséquent toute la succession est réservée aux héritiers *ab intestat*. Cependant on admet qu'un homme en pleine possession de lui-même et de sa volonté, puisse à défaut d'héritiers naturels, créer un héritier par acte entre vifs. La *lex salica* nous donne une description complète de ce contrat appelé *affatomia* dans le titre XLVIII, institué de *affatomix*. Celui qui veut transmettre son patrimoine par affatomie, doit, devant le tribunal (*mallum*) et en présence de trois témoins jeter un rameau dans le sein de celui qu'il veut gratifier et déclarer combien il entend donner de sa fortune. L'héritier désigné doit ensuite aller demeurer dans la maison du donateur, y réunir trois hôtes, manger à sa table, lui exprimer sa reconnaissance et prendre, en présence de témoins, possession de tout ce qui lui a été donné. Un peu plus tard et avant l'expiration de douze mois à partir de cette prise de possession, celui à qui la libéralité a été faite, retransfère au donateur, par le jet du rameau, en présence du roi ou dans un mall légitime, tout ce qu'il a reçu de lui; puis toujours dans le même délai, le rameau lui est rejeté publiquement pour rendre la libéralité irrévocable<sup>2</sup>. A partir du moment

<sup>1</sup> Voyez tit. LIX § 1 : LX § 1; LXVII, § 5, de la *loi des Ripuaires*.

<sup>2</sup> Voyez dans le *Journal des Savants* (Août 1883, p. 465, octobre p.



où il a consenti l'affatomie, le disposant, ne peut plus aliéner les biens au profit d'un tiers, si ce n'est pour cause d'extrême misère et encore doit-il alors offrir préemption à l'institué, ainsi que le constate une loi de Rotharis.

L'affatomie rappelle assez bien le testament *per aes et libram* des Romains, car comme lui, elle transfère à l'héritier un droit irrévocable sur les biens héréditaires<sup>1</sup>.

Quoique la loi salique n'exige pas expressément que le donateur n'ait pas d'enfants ; cependant, comme la loi des Ripuaires interdit le contrat d'affatomie à celui qui a des descendants<sup>2</sup>, il est naturel de sous-entendre également cette condition dans la *lex salica*.

La loi salique est muette sur le droit des enfants à une portion réservée. Comme le fait remarquer M. Pardessus, tant que le testament resta inconnu chez les Francs, on n'éprouva peut-être pas le besoin de règles

583 587) un compte-rendu de M. Dareste sur l'ouvrage de J.J. Thonissen, professeur à l'université de Louvain, intitulé : *l'organisation judiciaire, le droit pénal, et la procédure pénale de la loi salique, précédés d'une étude sur toutes les classes de la population mentionnées dans le texte*, 2<sup>e</sup> édit. Bruxelles et Paris 1882. — Voy. aussi Heusler : *Instit. des deutschen Privatrechts* t. I, p. 215. — Ces formalités sont simplifiées par la loi des Ripuaires (titre XLVIII), qui admet l'emploi de l'écriture à défaut de la tradition.

<sup>1</sup> C'est là l'origine de l'institution contractuelle du droit français ; qui sans dépouiller le donateur de son vivant, assure néanmoins au donataire un droit sur les biens donnés.

<sup>2</sup> Titre XLVIII : *de homine qui sine heredibus moritur: Si qui procreationem filiorum vel filiarum non habuerit. omnem facultatem suam in præsentia regis, sive vir mulieri, sive mulier viro, cuicumque libet de proximis vel extraneis adoptare in hæreditatem vel adfatimi per scripturarum feriem seu per traditionem et testibus adhibitis, secundum legem Ripuariam licentiam habet.*

à ce sujet. La nécessité de l'expropriation qu'opérait la donation d'après le titre XLVIII de la *lex salica* suffisait pour arrêter un donateur imprévoyant. Les hommes se décident beaucoup plus facilement à donner par un testament révocable, et qui doit avoir effet seulement après leur mort qu'à se dépouiller actuellement et irrévocablement, même lorsqu'ils se réservent l'usufruit <sup>1</sup>.

La loi des Ripuaires fixait la portion indisponible à douze *solidi* en faveur des enfants <sup>2</sup>. M. Pardessus estime que la révolution qui dès le VI<sup>e</sup> siècle se fit dans la propriété foncière, qui ne cessa d'être progressive et au moyen de laquelle, les petits domaines disparurent et se fondirent dans les immenses propriétés des riches, dut faire abandonner cette modique quotité <sup>3</sup>. — Ce n'est là qu'une conjecture, car il n'existe aucun texte qui vienne à l'appui de ce que le savant auteur avance sur ce point.

Par suite de leur communication habituelle avec les Romains et sous l'influence intéressée de l'Eglise, les Francs adoptèrent l'usage du testament. Ce mode de disposer devint, au temps de Charlemagne, si fréquent pour toute la France, que le moine Alcuin voulant définir le jour de la mort dans une conférence avec l'un des fils de l'Empereur, l'appela *la confirmation des testaments* <sup>4</sup>. Mais alors se pose la question de savoir si, en

<sup>1</sup> M. Pardessus. *La loi salique* p. 720.

<sup>2</sup> Loi des Ripuaires : tit. LIX § 9 : *Filiis autem filiabus super duodecim solidos uni plus quam alteri nihil condonare vel conscribere permitimus. Quod si quis fecerit, irrisum habeatur.*

<sup>3</sup> M. Pardessus *op. et loc. cit.*

<sup>4</sup> Voy. Guizot. *Histoire de la civilisation en France. Leçon XXII.* — dans un capitulaire de l'an 817, Louis le Débonnaire parle de ceux

l'admettant, les Francs Saliens en ont emprunté le principe et les conditions de son exercice : ont-ils continué à considérer la succession comme une réserve au profit des descendants, de sorte que le testament aurait été seulement permis à défaut d'enfants ? Ou bien se sont-ils prononcés pour la liberté absolue de tester ? ou enfin avait-on admis, au profit des enfants, la légitime du droit romain ? Il est impossible de donner une solution certaine. En effet d'une part, on serait porté à dire que la liberté illimitée de disposer y était consacrée, puisque nous lisons dans une Charte du Comte d'Aengelbert de 709 que *dum leges et jura sinunt et conventio Francorum est ut de facultatibus suis quisque quod facere voluerit, liberam habeat potestatem*, (les lois et le droit permettent, et le pacte des Francs porte, que chacun fasse de ses biens ce qu'il voudra et jouisse à cet égard d'un plein pouvoir). Une Formule de Marculfe <sup>1</sup> nous parle de la *libera potestas quidquid voluerit in alterius transferendi*. Mais il est possible que cette *libera potestas* n'appartienne au disposant que dans le cas où il n'avait pas d'enfants. D'autre part certaines Formules font mention d'une *Falcidie*, d'une portion réservée aux héritiers du sang, ce qui autoriserait à penser à l'existence d'une légitime. Ainsi la Formule CXXVIII porte : *Præter ista omnia reservamus in Falcidia heredibus nostris, villas illas in eo pago*<sup>1</sup>. Dans une autre rapportée par Baluze, nous trouvons ces mots : *Præter tantum illa et illa loca ad le-*

qui *jussa testatoris non impleverint (Capitularium, additiones quatuor. Adde tertia, cap. LXXXVII)*. Et dans les Formules, éditées par Baluze, il s'en trouve une, la Formule XXVIII, qui a pour rubrique : *ad testamentum faciendum*.

<sup>1</sup> Voy. Rozière. *Recueil général des Formules*. Form. CLXIX.

*gitimos heredes servo*<sup>1</sup>. Enfin dans la Formule CCXLVII<sup>2</sup> nous lisons : *illa quarta viro reserraverunt hic contra vos propinquorum heredibus legitimis meis reservo*<sup>3</sup>. Tout cela n'est guère probant : rien n'indique que ces Formules ont été écrites pour des Francs ; peut-être l'ont-elles été pour des Romains<sup>4</sup>.

J'arrive à la seconde partie de ma distinction aux lois romaines. Je rappelle que pour rechercher si la faculté de disposer à titre gratuit comportait des limites, j'ai distingué entre les lois barbares et celles qui ont été faites par les Romains. De ces dernières je n'ai qu'un mot à dire : Après l'invasion germanique, les héritiers du sang gallo-romain, continuèrent, en vertu du principe de la personnalité des lois, à être protégés contre les actes de disposition du père, par la théorie de la légitime et de la *querela inofficiosi testamenti*. Notons seulement que l'édit de Théodoric<sup>5</sup> et le Bréviaire d'Alaric accordèrent aussi à la mère omise la plainte d'inofficiosité ; mais les frères et sœurs en furent privés, modification introduite probablement sous l'influence de l'Eglise, désireuse d'enlever les entraves mises à la liberté de tester.

8. — Vers la fin du ix<sup>e</sup> siècle, le régime féodal se constitua ; la féodalité fut le grand fait qui domina la période de 987 à 1461 : elle résuma toute la civilisation, toute la politique, toute l'influence. A la même époque le principe de la territorialité des lois remplaça dans

<sup>1</sup> Rozière *ibidem* Form. CXXVIII, t. I, p. 161, in medio.

<sup>2</sup> Formule XXIX.

<sup>3</sup> Rozière *ibidem*, p. 298.

<sup>4</sup> Boissonade, *op. cit.* p. 188 et 189.

<sup>5</sup> Edit. de Théodoric, tit. X, § 57.

la pratique le principe de leur personnalité par une insensible progression provenant de la force des choses. Les diverses lois antérieures se mêlant peu à peu perdirent leur individualité et leur autorité primitives pour se confondre en une *coutume* nouvelle, unique et commune, applicable aux seuls habitants d'un territoire déterminé<sup>1</sup>.

C'est alors que nous voyons apparaître *le droit coutumier*. Ce droit n'était pas rédigé à cette époque, et on ne peut le connaître que dans les travaux des jurisconsultes et des praticiens du temps. La restauration de l'étude du droit romain, au <sup>xii</sup><sup>e</sup> siècle, eut sur lui une grande influence. Les juristes y firent pénétrer peu à peu les principes romains et il se départit aussi de sa rigueur primitive, grâce aux travaux de Beaumanoir, de Pierre de Fontaines, aux Etablissements de Saint-Louis.

Au <sup>xiii</sup><sup>e</sup> siècle pour déterminer le droit du père de famille et celui des enfants, on recherchait l'origine des biens : d'un côté, il y avait ce qu'on appelait l'*héritage* : de l'autre, *les meubles* et *conquès*. Sous le mot *héritage* on comprenait ce que le défunt avait recueilli dans la succession de ses parents ; plus tard on employa l'expression de *propres*. Les coutumes réservaient l'héritage aux héritiers du sang, tandis qu'elles permettaient de disposer des meubles et conquès, au profit d'un étranger. C'est que l'héritage formait le patrimoine de la famille, tandis que les meubles et les conquès étaient seu-

<sup>1</sup> Voy. sur ce point Pardessus. *Mémoire sur l'origine du droit coutumier en France et sur son état jusqu'au <sup>xiii</sup><sup>e</sup> siècle* dans *Mémoires de l'Institut royal de France*. Académie des Inscriptions et Belles-Lettres, t. X, (1833).



lement le patrimoine de celui qui les possédait. Cependant on permettait au père de disposer même de l'héritage dans une certaine proportion, que nous trouvons indiquée dans Beaumanoir<sup>1</sup> « la lumière de ce temps-là et une grande lumière » comme disait Montesquieu<sup>2</sup> : « Çascuns, gentixhoms ou homs de poeste, qui n'est pas sers, pot, par nostre coustume, laisser en son testament ses meubles, ses conquès et le quint de son héritage, là u il li plect. » Ainsi le testateur, noble ou roturier pouvait disposer du cinquième de son héritage. Telle était aussi en Orléanais l'étendue du droit de tester : en effet nous lisons dans *Li livres de jostice et de plet*<sup>3</sup> que « home ou feme puet doner en testament

<sup>1</sup> Beaumanoir : *Coutumes de Beauvoisis* (édit du comte Beugnot, 1842), t. I, chp. XII. *Des testamens, li quel valent et li quel ne valent mie* § 3. *Les coutumes de Beauvoisis* sont une œuvre supérieure, elles ne sont pas seulement comme leur titre l'indique, un recueil d'usages de cette province, c'est un coutumier dans lequel sont réunis tout à la fois, les usages de la cour de Beauvoisis et le droit commun des pays coutumiers, et même le coutumier le plus complet. Pour le reconnaître, il suffit de recourir aux sources que Beaumanoir indique lui-même comme étant celles où il a puisé pour composer son livre. Il date de 1283.

<sup>2</sup> Montesquieu. *Esprit des Lois*. Liv. XXVIII, chp. XLV.

<sup>3</sup> *Li livre de jostice et de plet*. Liv. XII, tit. III, *de testamenx* § 1, 2<sup>e</sup> alinéa. Voyez la page 224 de l'édition publiée d'après le manuscrit unique de la Bibliothèque nationale par Rapetti, avec un glossaire par Chabaille. Paris 1850, (dans la *Collection de documents inédits sur l'histoire de France, publiée par les soins du ministre de l'Instruction publique*, I, série : Histoire politique).

*Li livre de jostice et de plet*, composé au XIII<sup>e</sup> siècle par un inconnu fut probablement un produit de l'Ecole qui florissait à Orléans. Il comprend du droit coutumier orléanais, au droit romain et du droit canonique. L'ordre suivi par l'auteur est celui du Digeste : c'en est souvent une traduction littérale : les noms des jurisconsultes romains y sont remplacés par ceux de baillis vivant dans la première moitié du seizième siècle ; tels que Geufroi de la Chapelle,

le quint de son héritage et toz ses mobles et toz ses conqueuz et plus non, ait enfanz ou n'ait enfanz. » Dans le Vermandois la part disponible était également du cinquième de l'héritage franc tenu à cens ou à terrage. A Reims, d'après les coutumes de l'Echivinage, cette part comprenait la moitié du naissant. D'après les *Etablissements de Saint Louis*<sup>1</sup>, le gentilhomme pouvait disposer du tiers de son héritage qu'il eût ou non des enfants, tandis que la femme noble, lorsqu'elle avait un fils, ne pou-

Jehan de Beaumont etc. Quant aux matières régies par le droit canonique, l'auteur s'est borné à traduire les textes du *corpus juris canonici*. — Voyez sur cet ouvrage : la préface de Rapetti, en tête de l'édition que je viens de citer et une étude d'Anschitz dans : *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung*.t. XXIII, p. 331-333.

<sup>1</sup> Les *Etablissements de Saint Louis*, ont passé longtemps pour un véritable code émanant de Louis IX : on invoquait en faveur de cette opinion le nom de l'ouvrage et sa préface, dans laquelle Saint Louis lui même ordonnait les dits Etablissements : en outre on y trouvait l'ordonnance même de ce roi prohibant le duel judiciaire. Mais déjà dans l'ancienne France, on avait combattu cette opinion et de nos jours, M. Paul Viollet, qui a donné la meilleure édition de cet ouvrage, a démontré que c'était un simple coutumier, rédigé avant 1273 par un particulier, le coutumier présente comme les autres, la réunion de divers éléments ; mais l'auteur a pris comme base de son travail d'anciens recueils coutumiers auxquels il a ajouté des textes de droit romain et canonique. Les *Etablissements* sont divisés en deux livres : le premier contient les deux ordonnances de Saint Louis, et la Coutume de Touraine-Anjou ; le deuxième livre contient la coutume ou Usage d'Orléanais, qui ne nous est pas parvenu, et qu'on essaye de reconstituer de nos jours. Mais pourquoi la préface de cet ouvrage fait-elle parler Saint Louis comme l'auteur véritable ? C'est par suite d'une tendance commune au moyen âge, qui a engendré les faux Capitulaires et les ordonnances apocryphes, consistant à présenter des ouvrages particuliers, sous le nom d'un roi, pour leur donner plus d'autorité effective. Il n'y a d'officiel dans les *établissements* que deux ordonnances de Saint Louis : elles forment les chapitres 4 à 9 du livre I.

vait en disposer ni du tiers, ni du quart, ni du quint. « Dame n'est que bail de son héritage puis qu'ele a oir male, ne de ne puet doner, ne changier pour quoi ce soit, à l'amenuissement de l'oir, se ce n'est à son anniversaire où ele ne puet doner ne le tierz, ne le quart, ne le quint selon l'usage de la cort laie. Gentis hom puet bien doner le tiez de son héritage tout ait-il y anfanz ou non ; mais il n'ait puet plus doner qui fust estable par droit<sup>1</sup>. »

Quand l'héritage avait peu de valeur, qu'il était, par conséquent, insuffisant à la subsistance des enfants, si le père avait disposé de tous ses meubles et conquès au profit des étrangers, on autorisait alors les enfants à exercer leurs droits sur les autres biens du père, sur les meubles et conquêts. C'est ce que nous apprend Beaumanoir. « Nous avons dit que c'est en capitre meisme, que gascuns pot laisser en son testament le quint de son héritage et ses meubles et ses conquès. Neporquant, se li remanans de son héritage n'est pas grans qu'il souffisse à la soustenance de ses enfans et li meubles et li catel son grant et il n'en laisse nul à ses enfans, ançois les laisse toz à estranges persones : noz ne nous accordons pas que tez testamens soit tenus, ançois doit estre retret du testament, tant que li hoir puissent resnablement vivre et avoir lor soutenance selon lor estat<sup>2</sup>. » Et Pierre de Fontaines nous dit la même chose : « Et si li héritage est petiz, et li conquest sont

<sup>1</sup> *Etablissements de Saint Louis*, chp. LXVIII : *de héritage garder sanz amenuissement et de don de gentil home*. Voyez les *Etablissements de Saint Louis*, accompagnés des textes primitifs et des textes dérivés avec une introduction et des notes publiées pour la Société de l'histoire de France par M. Paul Viollet, t. II, p. 103.

<sup>2</sup> Beaumanoir. *Cout. de Beauvoisis*, chp. XII, n° 17.

grant et si que li héritage ne sofisent pas à la sostenance as enfanz, de son conquest ne puet deviser fors ce qui surmonte la sostenance as enfanz<sup>1</sup>.

Il existait cependant deux cas, indiqués par Beaumanoir, où il n'en était plus de même : premièrement si le défunt avait déclaré dans son testament qu'il ne donnait tous ses meubles et conquêts à un étranger, qu'à raison du préjudice qu'il lui avait causé : « ...s'il est dit el testament qu'il face ce lais come cozes rendu por torfais, car en cel cas n'en serait rien rendu ces hoirs<sup>2</sup>. Secondement, aucun recours n'était accordé aux enfants sur les meubles et conquêts, en cas d'insuffisance de l'héritage s'ils avaient mené une vie « déshonnête, » contracté un mariage « désavenant » contrairement à la volonté de leurs auteurs, commis des méfaits ou enfin s'ils s'étaient livrés à de folles largesses. « Li second cas en coi nul restors ne doit estre fait as hoirs, si est, s'il fet mention et testament que li hoir li aient meffet parquoi il ne lor vaut, rien laissez et testament, car si je vois mon fils, me fille ou me mère ou cele qui doit

<sup>1</sup> Pierre de Fontaines. *Le Conseil à un ami*. chp. XXXIV, *Ché parolle des dons que li pères puet faire à ses enfans* § 10. Edit. de M. A. J. Marnier 1846, p. 422. *in fine*. Pierre de Fontaines, bailli de Vermandois sous Saint Louis et membre du Parlement, composa cet ouvrage en 1253. Il contient des renseignements précieux sur le droit coutumier, mais c'est le droit romain de Justinien qui y tient la plus grande place. L'auteur y a suivi l'ordre du Code de ce Prince, son but étant de faire concorder ensemble ces deux droits. « Des Fontaines, dit Montesquieu (*Esprit des lois*. Liv. XXVIII, chp. XXXVIII), qui est le premier auteur de la pratique que nous ayons, fit un grand usage de ces lois romaines ; son ouvrage est, en quelque sorte, un résultat de l'ancienne jurisprudence française et de la loi romaine ». Cons. Klimrath. *Travaux sur l'histoire du droit français*. t. II, p. 27. — Laboulaye. *Histoire littéraire de la France* t. XXI, p. 844.

<sup>2</sup> Beaumanoir *cout. de Beauvoisis*. chp. XII, § 47.

estre mes oirs, mener si deshonnête vie que ce soit escanlles à li et à son lignage, je ai bonne reson de si oster de mon testament. Et li escanlles si est des péchiés de cors d'aus vilainnement et honteusement demener ou de mariage desavenant fet pas des contre me volenté ; ou de si fole larguece l'on voie que che qui vient en lor main est perdu. » — Ainsi à l'exception de ces deux cas, la règle était que le père devait pourvoir à la subsistance de ses enfants. Nous voyons donc qu'au XIII<sup>e</sup> siècle on reconnaît au profit des descendants une légitime, imitée du droit romain et pour cette raison appelée *légitime de droit*, à côté de la réserve portant sur les biens provenant de la famille et nommée *Réserve coutumière*. Notons avec soin que cette légitime ne présentait qu'un caractère subsidiaire, elle ne pouvait être réclamée que dans le cas où la réserve était insuffisante pour la soutenance des enfants.

La quotité de cette espèce de légitime ne paraît pas avoir été fixée invariablement dès cette époque, elle était sans doute laissée à l'appréciation des juges et dépendait des circonstances. Plus tard *le Grand Coutumier de France*<sup>1</sup>, fournit le premier indice d'une dé-

<sup>1</sup> *Le grand Coutumier de France, dit de Charles VI*, fut composé par un auteur dont le nom semblait devoir rester inconnu, car il n'était mentionné par aucuns des éditeurs de cet ouvrage : ce nom, découvert par M. Léopold Delisle est celui d'un ancien examinateur au Chatelet, Jacques d'Ableiges, bailli de Saint-Denis, de Chartres et d'Evreux de 1371 à 1390 et fixe la date du coutumier à la fin du quatorzième siècle vers 1387 et par conséquent sous le règne de Charles VI. Cet ouvrage se compose de 4 livres et comprend des règles sur l'organisation judiciaire, des ordonnances, du droit civil. Les sources où l'auteur a puisé sont les coutumes ou usages de Paris, le droit écrit ou droit romain qu'il répute droit commun, les arrêts du parlement et les décisions du Chatelet de Paris, les ordonnances des



termination *a priori* de la légitime. Il la fixe à la moitié des meubles et conquêts : « Item si le testateur n'a aucuns héritiers, il peult donner en son testament tous ses biens meubles et héritages et s'il y a héritier, si peult il faire testament de la moitié de tous ses meubles et conquests et donner le quint de ses héritages. En santé, il peult tout donner ou vendre <sup>1</sup>.

Si le père avait laissé dans son testament, tous ses biens à un étranger, le droit des enfants se trouvait alors réglé au moyen de la distinction suivante que faisait Pierre des Fontaines. Il recherchait si le testateur avait eu ou non des motifs pour gratifier cet étranger au détriment de ses descendants : dans le premier cas, le légataire subissait simplement une réduction : il comptait pour un enfant et ne retenait par conséquent qu'une part virile : « Et se il donne par son devis tos ses biens as estranges et noiant à ses enfants par les lois escrites auroient tot li enfant et li estrange noiant. Mès bien soffrerra nostre usages, s'il est bien entenduz, que li estranges en ait un ou autretele partie come uns des enfanz selonc le nombre qu'il en i a : car en doit molt cuidier que cil à qui li pères dona ainsi toz ses biens et trespasa ses enfanz, avoit fait au père aucun servise porquoi li pères le devoit, amer autretant comme I de ses enfanz, mès plus ne le devoit, il pas amer tant come à départir ses biens morte <sup>2</sup>. » Dans le second cas, c'est-à-dire si aucun motif ne justifiait cette décision

rois du xiv<sup>e</sup> siècle. — MM. Laboulaye et Dareste ont donné une nouvelle édition de ce coutumier en 1868. Paris.

<sup>1</sup> L. II, chp. XL : *de succession, testament et exécution d'iceluy*, p. 364, édit cit. précéd.

<sup>2</sup> Pierre des Fontaines : *Conseil à un ami*, chp. XXXIII, *ci parole de testament et de lois* § 5, p. 381, de l'éd. citée.

du père, cette affection pour le légataire, on le considérait comme n'ayant pas été sain d'esprit au moment de la confection de son testament, et on annulait cet acte pour le tout « Quant aucuns less soz ses biens à estranges et noiant à ses enfanz, il apert bien qu'il est autresi come desvoiez de sa pensée quant il fist son testament, et par ce voelent les lois que tez testamenz soit nus, se autre chose m'est prouvée<sup>1</sup>.

Mais le père jouissait-il de la quotité disponible en faveur de ses enfants ? Si nous consultons les *Assises de Jérusalem*<sup>2</sup>, nous y voyons que le père avait le droit de

<sup>1</sup> Pierre des Fontaines. *Conseil* chap. XXXIII : *ci parole de tesmantenz et de lois* § 5, p. 381 édit. citée.

<sup>2</sup> On sait que lors de la première croisade en 1096 qui se termina par la prise de Jérusalem en 1099, les croisés y formèrent un royaume chrétien dont ils défirent la couronne à Godefroy de Bouillon, l'un des chefs de cette expédition. Le petit royaume de Jérusalem s'organisa pour la défense et se constitua régulièrement suivant les principes de la féodalité, transportée toute faite en Asie. Godefroy de Bouillon y créa deux cours de justice : la cour des barons et la cour des bourgeois ; puis voulant donner des règles générales à ces juridictions, il fit recueillir les coutumes, les lois suivies en France, les décisions des cours de justice et fit rédiger en langue franque un recueil sous le nom d'*Assises de Jérusalem* qui fut déposé dans l'église du Saint-Sépulcre. — Ces *Assises* ou plutôt l'original des *Assises* périt lors de la prise de Jérusalem par Saladin (1187) ; mais leurs dispositions se conservèrent par l'application qu'en était faite par la jurisprudence de la haute cour et de la cour des Bourgeois où elle fut recueillie par les auteurs, dont les traités forment ce qu'on nomme aujourd'hui les *Assises* de l'une et de l'autre cour. Ainsi ce que l'on désigne aujourd'hui sous le nom d'*Assises de Jérusalem* c'est un ensemble de travaux dus à des jurisconsultes de l'Orient ; ce sont donc des œuvres privées et bien postérieures à Godefroy de Bouillon. La plupart de ces travaux ont été composés à une époque où Jérusalem n'appartenait plus aux croisés. (M. Paul Viollet. *Précis de l'histoire du droit français*. Sources Droit privé. Paris 1886 p. 142. Ce savant auteur doute qu'il y eût une rédaction

favoriser par legs l'un de ses descendants : « Sachés que se il avient que uns homs ou une feme vient à mort et il fait sa devise, ou laisse ou done sien dreit, ou seit héritage ou chose meuble, à ces anfans et done à l'un plus qu'à l'autre, bien le peut faire es tout deit estre ferme et estable, par dreit, tout enci comme le père ou la mère l'aura commandé et ordonné. Et autel raison est c'il le veullent doner à aucun de leur parens, que bien le peuvent douner tout enci come il vorront, ou à l'un plus ou à l'autre mains ou sous communament<sup>1</sup>, »

officielle au temps de Godefroy de Bouillon). — Les principaux traités qui composent les Assises de la cour des Barons, sont ceux de Philippe de Navarre, de Jean d'Ibelin, de Geoffroy le Tort, de Jacques d'Ibelin. — *Le livre des Assises de la cour des Bourgeois* semble avoir été rédigé entre les années 1173 et 1180. Il existe sept manuscrits des *assises de Jérusalem*. Quant aux éditions, le premier qui attira l'attention sur les assises fut René Chopin dans son livre sur les coutumes de l'Anjou, publié en 1587. En 1651 le P. Labbé donna pour la première fois quelques fragments du texte même dans son *Abrégé royal de l'alliance chronologique*. Paris. t. p. 51. Ducange fit le plus ingénieux usage des assises dans son *Glossarium ad scriptores mediæ et infimæ latinitatis*. Paris 1678, 300 l. En 1690 Th. de la Thaumassière fit imprimer à Bourges *les assises et bons usages du royaume de Jérusalem*. En 1839 Kausler édita à Stuttgart les livres *des assises et des usages dou reaume de Jésusalem sive leges et instituta regni Hierosolymitani primum integra ex genuinis de prompta codicibus adjuncta lectionum varietate cum glossario et codicibus*. De 1839 à 1841, Victor Fouché publia *les assises de Jérusalem conférées entre elles, ainsi qu'avec les lois de la France, les capitulaires, les établissements de Saint-Louis*. La seule édition complète est celle du comte Beugnot, publiée dans les *Historiens des croisades*, sous les auspices de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres. 1841-1843, 2 vol. in fol. — J'ai emprunté les détails concernant les différentes éditions de cette source de droit à M. Monnier : *Godefroy de Bouillon ou les assises de Jérusalem*. 1874, p. 2-3.

<sup>1</sup> *Assises de la cour des Bourgeois* (éd. Beugnot). t. II. chp. CXCII : *Ici orrés la raison dou don que puet faire le père et la mère à ces enfans, à sa mort ou à sa vie*, p. 129.

Pierre de Fontaine reconnaissait également au père le droit de partager d'une manière inégale entre ses enfants, ses meubles et ses conquêts, pourvu que l'inégalité ne fût pas trop forte, mais il n'admettait pas qu'il pût laisser tous ces biens à l'un seulement de ses descendants : « Trop est cruels ceste sentence et contre humanité que aucunes genz dient, que li pères puet doner auquel qu'il vorra de toz ses enfantz toz ses cha-teus et toz ses meubles et toz ses conqueuz ou à estranges nis s'il n'est einsi qu'il n'eit fors muebles et conqueuz, dont ce seroit contre tot droit et contre les lois escrites ; dont je voleit que tu saches que je entent einsi que li pères puet fâre sa volonté de ses conqueuz, c'est que il peut deviser à sa volonté deses conqueuz entre ses enfanz et doner en plus à l'un que l'autre si que li plus qu'il done à l'un n'amesnuist trop le don à l'autre ; mès s'il done tot à l'un et noient les autres, après la mort du père, pullent li autre enfant demander à lor frère autretele partie come se li pères fust morz sanz fère don à son fill <sup>1</sup> ». *Les Etablissements de Saint-Louis* faisaient, quant à la question dont je m'occupe en ce moment, une distinction entre le roturier et le gentilhomme. Ils défendaient au roturier d'avantager un de ses enfants, soit en meubles, soit en héritages, l'égalité devant être rigoureusement observée dans le partage des successions roturières : l'enfant qui avait reçu du vivant de son père plus que les autres, devait rapporter : « Quant hom costumiers à enfants soient fiz ou filles, autretant a li uns come li autres en la terre au père et à la mère et tout autretant es muebles et as achaz et es conqueuz s'il les ont ; car borse a vilain si est patrimoines

<sup>1</sup> Pierre des Fontaines. *Conseil*. chap. XXXIV, N. 10.

selonc l'usage de la cort laie. Et si li tom costumiers avoit marié un de ses fiz et une de ses filles et il en aüst autretant à l'ostel qui ne fussent pas marié (et il se morust) et li marié venissent à (ces servient en) l'ostel (re-mains) et demandassent partie en l'escheoite, ciel qui seroient en l'ostel ne la lor porroient pas veer por droit: mais il conviendroit as autres que uns chascun raportast ce qu'il auroit aii en fraresche fust, terre, fust maison, fussent denier ou autre meuble <sup>1</sup>. » Mais les *Etablissements de Saint-Louis* permettaient, au contraire, au gentilhomme de donner tous ses meubles et conquêts à à l'un de ses enfans: « gentishom ne puet doner à ses enfans, à ces puisnés que le tiers de son héritage, mais il puet bien doner ses achaz et ses conquestes auquel que il voudra de ses anfanz. <sup>2</sup>. » Cependant quelques années plus tard, nous voyons Beaumanoir refuser au père le droit d'avantager un de ses enfans: « Cascuns, gentishoms ou homs de poeste, qui n'est pas sers, pot, par nostre coustume, laisser en son testament ses meubles, ses conquès et le quint de son héritage, là u il li plest, *exceptés ses enfans as quix il ne pot plus laisser à l'un qu'à l'autre* <sup>3</sup>. » Il en était de même pour les donations: l'enfant qui avait reçu une libéralité entre vifs, ne pouvait le cumuler avec sa part héréditaire: il jouissait seulement de la faculté d'opter entre l'acceptation de la succession, entretenant le rapport de la donation et la répudiation de l'hérédité impliquant la conservation de

<sup>1</sup> *Etablissements de Saint-Louis*: liv. I, chp. CXXXVI. *De partir entre freres la descendue de père et de mère*. Ed. Viollet, t. II, p. 256.

<sup>2</sup> *Etablissements de Saint-Louis*. liv. I, ch. X. *De don de gentil home à ses enfans et coment il doivent partir se li père meurt sans aus asener*, t. II, p. 19.

<sup>3</sup> Beaumanoir. *Cout. de Beauv.* ch. XII, n° 3, éd. cit. t. I, p. 180.



la libéralité, à la condition qu'elle ne fût trop excessive. Ceci est nettement indiqué par Beaumanoir : « Cel qui veut partir au descendement et avoit porté au aucoze du père et de la mère doit raporter tout entièrement ce qu'il emporta s'il n'est ainsi qu'il l'aïst mis hors de sa main, si que il ne le pueist raporter » « Il est dit dessus qu'il loist à celui que pères et mères marient qu'il se taise, s'il li plect de venir à partie et se tiengne à ce qui li est donné. Neporquant, li dons porroit bien estre donés si outrageus que li pères et mères donèrent à celui qu'il ne seroit pas à tenir ; car il ne loist pas au père et à la mère à donner tant à l'un de lor enfans que li autre en demeurent orphelin et deshérité »<sup>1</sup>. Enfin au XIV<sup>e</sup> siècle le *Grand Coutumier de France* proclamait également l'égalité entre les enfans : « Aulcun ne peut estre héritier et légataire, ne père ne mère à leur fin ne peuvent faire aulcuns de leurs enfans de meilleure condition l'ung que l'autre non mie faire don ou lais en la personne à laquelle l'ung des enfans pourroit plustost succéder que l'autre ou de qui le diet lais ou don pourroit plus tost redonder à l'ung que à l'autre<sup>2</sup>. »

9. — J'arrive, dans mon exposé historique à la rédaction des coutumes. A cette époque, d'une part la féodalité avait complètement disparu comme puissance politique et militaire, elle ne se maintenait en tant seulement qu'elle affectait la condition des personnes et la situation des biens ; d'autre part, la royauté était arrivée à un pouvoir à peu près absolu, sans limite et sans contrôle.

<sup>1</sup> Beaumanoir. chp. XIV. *Des eritages* n° 13, p. 230, t. II.

<sup>2</sup> *Le Grand coutumier de France* : chp. XI. *De succession, testament et exécution d'iceluy*. éd. citée, p. 372.

C'est sous Charles VI que se traduisit et fut satisfait le besoin d'une rédaction officielle des coutumes qui jusqu'alors n'étaient point constatées par un texte reçu. L'ordonnance de Montil lès Tours de 1453 contenait dans son article III l'ordre de rédaction ; mais la plus grande partie du travail se plaça dans le cours du xvi<sup>e</sup> siècle. Après leur rédaction les coutumes furent promulguées par le roi comme lois écrites.

C'est à la veille de la Révolution de 1789 que je me placerai pour étudier avec quelques détails les règles de l'ancien droit en tant qu'elles restreignaient dans l'intérêt de la famille, la liberté de disposer de ses biens à titre gratuit. Je m'attacherai surtout à mettre en lumière les principes du droit commun dont la formule la plus exacte était le texte de la coutume de Paris, sans négliger cependant les dispositions admises par les autres coutumes qui s'en étaient écartées.

10. — La France à cette époque était divisée, au point de vue du droit privé, en deux régions bien distinctes : l'une au midi que l'on appelait *pays de droit écrit*, l'autre au nord que l'on appelait *pays de coutumes*. Les premiers étaient, d'après les Capitulaires, ceux où l'on jugeait selon la loi romaine, ou qui suivaient la loi romaine, *in quibus secundum legem Romanam judicia judicantur*<sup>1</sup> ; d'après les *Exceptiones Petri*, ceux dans lesquels était en vigueur le droit et la loi romaine, *juris legisque prudentia viget*<sup>2</sup> ; d'après les ordonnances de 1254 et 1312, les pays où l'on usait de toute antiquité du droit écrit, *jura scri-*

<sup>1</sup> *Edictum Pistense*. §§ 13, 16, 20, 23 et 31. Walter. t. III, p. 138 et suiv.

<sup>2</sup> *Petri exceptiones legum Romanarum* lit. II, cap. XXXI.

*pta, quibus utentur ab antiquo*<sup>1</sup>. « Les pays de coutumes, si nous nous en référons aux mêmes textes, étaient ceux, au contraire, dans lesquels les lois des Empereurs romains étaient inconnues, *ubi sacratissimæ leges incognitæ sunt*, dit Petrus ; ceux, d'après les décrétales d'Honorius III, où les laïques n'usaient pas des lois romaines, *in Francia et nonnullis provinciis laici Romanorum imperatorum legibus non utuntur*<sup>2</sup> ; les pays où il y avait des coutumes et où il n'était pas permis aux avocats d'alléguer le droit écrit, comme dit Philippe le Hardi dans l'ordonnance de 1277, ou encore les parties du royaume, qui, en ce qui concerne les causes qui ne touchaient, ni à la foi, ni aux matières spirituelles, étaient régies par les coutumes et les usages, et non par le droit écrit : *cæterum super negotiis et causis forensibus quæ spiritualitatem et fidei sacramenta non tangunt regnum nostrum consuetudine moribusque præcipue non jure scripto regitur*<sup>3</sup>. C'étaient donc les pays où l'on suivait le droit coutumier<sup>4</sup>. »

11. — Quelle était la séparation géographique de ces deux zones de la France ? Il serait trop long d'énumérer les provinces et localités soumises au droit romain et celles soumises au droit coutumier. Je me bornerai à désigner la ligne qui séparait topographiquement les deux régions : Que l'on prenne une carte de l'ancienne

<sup>1</sup> Ord. de 1534. *Recueil des Ordonnances*, t. XI, p. 331.

<sup>2</sup> *Decretale Honoris super specula*, dans les décrétales de Grégoire IX : lib. V, titre XXXIII, cap. XXVIII, voy. Richter *Corpus juris canonici* tome II, colonne 832.

<sup>3</sup> Ordonnance de Philippe le Bel 1312, art. 1.

<sup>4</sup> Ginoulhiac : *Cours de droit coutumier français, dans ses rapports avec notre droit actuel* dans la *Revue historique de droit français et étranger* t. V, 1859, p. 70 et 71.

France et qu'en partant à l'Ouest de l'île d'Oléron, du haut de la Saintonge, on suive cette ligne brisée qui sépare la Saintonge de l'Aunis, du Poitou, de Langoumois ; le Limousin et la Basse Manche, du Berry et de la Haute Manche ; la Haute Auvergne, le Velay, le Forez et le Beaujolais, de la Basse Auvergne et du Bourbonnais ; le Maconnais, de la Bourgogne ; la Bresse, de la Franche-Comté. Tous les pays que l'on rencontre, en allant de cette ligne vers le Sud Ouest, Sud et Sud Est étaient du droit écrit ; ceux que l'on rencontre en allant de cette ligne vers le Nord Ouest Nord et Nord Est, étaient de droit coutumier. Il faut ajouter aux pays de droit écrit ceux qui dépendaient des conseils supérieurs de Perpignan, de Colmar et de Bastia, c'est-à-dire le Roussillon, l'Alsace et la Corse ; il faut enfin comprendre dans les mêmes pays le comtat d'Avignon, qui forme aujourd'hui un peu plus du département de Vaucluse. On voit ainsi que les pays de droit écrit comprenaient un peu plus du tiers de la France<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Voyez sur ce point Klimrath : *Etudes sur les coutumes* dans ses *Travaux sur l'histoire du droit français*, Paris t. II, p. 170 et suiv.

## CHAPITRE DEUXIEME

### PAYS DE COUTUMES

Je divise ce chapitre en deux sections : dans la première je m'occuperai de la *Réserve coutumière* ; dans la seconde je traiterai de la *Légitime de droit*.

#### SECTION I

##### De la *Réserve coutumière*.

SOMMAIRE : 12. Définition de la *Réserve coutumière*. — 13. Son origine et son but. — 14. Biens soumis à la *Réserve* en droit commun. — 15. Coutumes exceptionnelles. — Coutumes de *subrogation*. — Questions controversées. — 16. Quotité de la *Réserve*. — 17. La *Réserve coutumière* n'atteignait pas en principe les donations entre vifs. — 18. Des coutumes dans lesquelles la *Réserve* restreignait même la liberté de disposer entre vifs. — Difficultés particulières à ces coutumes. — 19. Des conditions requises pour être admis à réclamer la réserve : parenté et qualité d'héritier. — 20. Les ascendants avaient-ils droit à la *Réserve* ? — Interprétation de la règle « *propres ne remontent*. » — 21. Conséquences du principe qu'il fallait être héritier pour pouvoir réclamer la *réserve*. Les Résevataires étaient-ils tenus des dettes héréditaires ?

**12.** — Merlin définit la *réserve coutumière* « les biens  
« ou portions de biens, que les coutumes ont rendus in-  
« disponibles et qu'elles ont réservés, comme tels aux  
« héritiers<sup>1</sup>. »

<sup>1</sup> Merlin. *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*. Bruxelles, 1828. — tome XXIX, au mot : *réserve coutumière*, p. 242.



Nous verrons, dans un instant, que ces biens étaient, en droit commun, les *propres*.

13. — C'est à l'influence des idées du droit germanique que l'origine de la *réserve coutumière* me paraît se rattacher. En effet, chez les Germains, ce qui nous frappe surtout, lorsque nous étudions leurs mœurs et leurs institutions, c'est la forte constitution de la famille. La famille y apparaît comme une association créée par la nature et développée par les besoins communs, entre les parents unis par les liens du sang, impliquant des droits et des devoirs assez nombreux. L'autorité suprême ne semble pas être, comme à Rome, le *pater familias*, mais la famille prise dans son ensemble : c'est en famille assisté de tous les siens que l'accusé se présentait en justice pour se défendre et c'est la famille tout entière qui réclamait la punition du coupable, qui l'avait offensée dans l'un de ses membres, et qui recevait la réparation de l'outrage ou du crime commis contre lui<sup>1</sup>. A l'inverse c'est la famille qui répondait des *compositions* qui pouvaient être dues par l'un de ses membres ; en outre c'est elle qui intervenait dans tous les événements importants, comme la prise d'armes, le mariage ; enfin c'est par famille que les Germains allaient au combat. — Cette association naturelle de parents solidaires les uns des autres présentait des conséquences graves au point de vue du régime des biens. A Rome le patrimoine appartenait au *paterfamilias*, seul et unique propriétaire de l'universalité des *bona*. Chez les Germains, au contraire, j'ai déjà eu l'occasion de le dire, existait la communauté des biens. Le terrain des-

<sup>1</sup> Tacite. *De moribus Germanorum* cap. XXI: « *recepitque satisfactionem universa domus.* »

tiné aux habitations et les champs périodiquement partagés étaient le patrimoine commun de la famille. Aussi ignorait-on le testament. Cette communauté familiale s'est conservée dans l'empire franc avec une remarquable énergie : c'est elle qui explique les formes multiples sous lesquelles se manifesta, avant le retrait lignager, la protection des droits successoraux de la famille à l'encontre des ventes : l'inaliénabilité des immeubles, la procédure de l'offre, le concours des héritiers présomptifs à l'aliénation<sup>1</sup>. D'autre part je remarque, que la division en *propres* et *acquêts* paraît remonter au droit germanique. En effet dès le v<sup>e</sup> siècle, on trouve dans les documents une distinction des biens suivant leur origine : ainsi nous avons vu, dans le chapitre précédent, que la *loi des Burgondes* distinguait entre la *sors* et le bien acquis par le travail, réservant la première aux descendants et permettant au père de disposer librement du second. Si les propres ne figurent pas sous ce nom dans les textes barbares, du moins peut-on les reconnaître dans les périphrases employées pour les désigner : *hereditas aviatica*, dans la loi Ripuaire<sup>2</sup> ; *terra salica*, dans la loi salique<sup>3</sup> ; de même encore dans une Formule de Marculf, je vois nettement opposé l'*alodis* au *comparatum*<sup>4</sup>. Aussi suis-je porté à penser que lorsque l'usage

<sup>1</sup> Durant tout le moyen âge, nous voyons par les Chartes que dans tous les actes passés par le père, on faisait intervenir tous les membres de la famille : les filles mineures, même des enfants à la mamelle. Cette formalité complètement inutile en droit, est du moins une preuve frappante que cette idée ancienne de communauté familiale avait survécu.

<sup>2</sup> Titre LVI, de *alodibus* § 4, dans Walter. *op. cit.* t. I, p. 179.

<sup>3</sup> *Lex emendata*, titre LVII, de *alode* § 6. — Edit. Pardessus. *Loi Salique* p. 318.

<sup>4</sup> « *Ut tam. de alode paterna quam de comparatum.* » For-

du testament se développa, l'idée, lointaine sans doute, de communauté de la famille germanique fit sentir la nécessité d'une protection pour les héritiers, afin qu'ils ne puissent être injustement dépouillés; et comme les propres, venant des ancêtres, présentaient précisément un caractère familial, on admit le principe d'une indisponibilité partielle de ces biens et seulement de ces biens.

La *réserve coutumière* avait pour but le maintien des biens dans les familles : « sans la réserve, dit un édit de François II, il y aurait diminution de bonnes familles et conséquemment de la force de l'Etat public. » Et Ricard observe que « cet usage tire son principe de l'inclination de nos aïeux qui ont employé leurs soins pour la conservation des familles<sup>1</sup>. »

— Voici en quels termes l'art. 292 de la coutume de Paris consacre cette institution : « Toutes personnes saines d'entendement, aagées et usans de leurs droicts, peuvent disposer par testament et ordonnance de dernière volonté, au profit de personne capable, de tous leurs biens meubles, acquests et conquests immeubles, et de la cinquiesme partie de tous leurs propres héritages, et non plus avant; encore que ce fust pour cause pitoyable. »

Trois points ressortent de l'analyse de ce texte :

A. La *réserve coutumière* portait sur les *propres*.

B. La quotité en était fixée au quatre cinquième des *propres*.

mule CXXXVI. Voyez le Recueil de M. de Rozière : t. I, p. 174.

<sup>1</sup> Ricard. *Traité des donations entre vifs*. III, partie chp. X, n° 1418.

C. La *réserve* n'atteignait que les dispositions testamentaires.

Je reprends successivement ces trois points :

14. — A. La *Réserve coutumière* portait sur les *propres*. Mais qu'entendait-on par *propres*? « On entend par *propres*, dit Pothier, ce que plusieurs coutumes appellent *anciens héritages* (Bourgogne III, 46. Nivernois XXXIV, 12) c'est-à-dire les héritages de nos ancêtres, ou autres parents, qu'ils nous ont transmis par leur succession, ou par quelque autre titre équipollent à la succession<sup>1</sup>. » — Ainsi étaient *propres* les immeubles échus par succession directe au profit des descendants. Mais Lebrun niait que la succession d'un ascendant à son descendant pût faire un *propre*; en d'autres termes, suivant lui, les acquêts que le père avait recueillis dans la succession de son fils ne revêtaient pas le caractère de *propres* entre ses mains : « J'estime, disait-il, que tout ce qui n'est point considéré comme un propre de ligne, ne mérite pas le nom de *propre*, parce que le propre était un bien particulièrement affecté à la famille; dès qu'un bien n'est point de ligne, c'est fort inutilement qu'on l'appelle *propre*; or l'usage apprend que les acquêts du fils auxquels le père ou un autre ascendant succède ne sont point considérés comme des propres de ligne, puisque tous les parents du père, étant également les parents du fils, il n'y a point à cet égard de côté et ligne à distinguer; ce qui justifie invinciblement qu'en vain on les considérerait comme propres, par rapport aux successions<sup>2</sup>. » Renusson se prononçait

<sup>1</sup> Pothier *Introduction aux Coutumes*. Article III, § I, n° 58.

<sup>2</sup> Rebrun. *Traité des successions. Des propres*. Liv. II, chp. I, sect. I, 3<sup>e</sup> alinéa, p. 142.

dans le même sens : « Les biens qui ont qualité de propre se distinguent des autres et sont affectés aux parents de la ligne d'où ils viennent : on a voulu par ce moyen maintenir les familles : c'est toute la considération qu'on a eue quand on a introduit la qualité de *propre*. Cette considération cesse quand les familles s'anéantissent par le manquement de postérité, quand les successions rétrogradent par la mort des descendants et quand les biens montent <sup>1</sup>. » — Cette opinion, pourtant, ne triompha point. Pothier dans l'*Introduction générale aux Coutumes* au paragraphe *quelles successions font des propres ?* nous dit : « il n'importe que le parent auquel nous avons succédé, soit de la ligne ascendante, descendante ou collatérale. » Ainsi, les immeubles échus aux ascendants par la succession de leurs enfants ou aux collatéraux par succession directe, constituaient des *propres* <sup>2</sup>. »

Il y eut plus de difficulté pour admettre que la donation entre vifs pouvait faire des propres. C'est la jurisprudence qui la première trancha cette difficulté en commençant par décider qu'un immeuble donné par le père à son fils devenait propre au moins pour la part que le fils pouvait retenir en qualité d'héritier. La coutume de Paris, généralisant ce tempérament décida que « meubles ou immeubles donnés par père ou mère à leur fils sont réputés donnés en avancement d'hoirie <sup>3</sup> », dès lors ce fut la donation tout entière qui doit être tenue pour propre dans la main du donataire. « La succes-

<sup>1</sup> Renusson. *Traité des Propres*. chp. I, sect. VII, n° 3.

<sup>2</sup> Pothier. *Introduction générale aux Coutumes*. Art. III, § II, n° 64.

<sup>3</sup> Coutume de Paris. Art. CCLXXVIII.



sion de nos biens disait Pothier, était due par la loi de la nature à nos enfants et descendants, les dons ou legs que nous leur faisons, sont censés leur être faits en avance-ment de notre succession ou pour leur tenir lieu : c'est pourquoi ces titres sont censés équipoller à succession, et les immeubles qu'ils ont à ces titres, sont *propres*<sup>1</sup> ». Le motif, en effet, pour lequel les immeubles possédés à titre successoral étaient des propres, c'est qu'on les acquérait par droit de sang et de famille, or, il y avait même raison pour réputer propres, les biens que les enfants recevaient par donation ou par legs de leurs ascendants, puisque c'était en leur qualité d'enfants et comme disent les auteurs, *jure sanguinis, jure familiæ* qu'ils se trouvaient ainsi gratifiés. — Mais l'immeuble donné par un descendant à son ascendant, lui était un acquêt. « La succession des ascendants, dit encore Pothier, n'arrivait que contre l'ordre et le vœu de la nature, *turbato mortalitatis ordine*, on ne peut pas regarder les donations faites aux ascendants par leurs descendants comme l'avancement d'une succession, qu'il est contre l'ordre et le vœu de la nature d'attendre<sup>2</sup> ». Enfin quant à l'immeuble donné en ligne collatéral, malgré la décision de quelques coutumes, il ne faisait qu'un acquêt c'est ce que Pothier rapporte en ces termes : « l'héritage donné à un ascendant ou à un collatéral, quoique héritier présomptif du donateur lui est acquêt. Cela a lieu

<sup>1</sup> Pothier *ibidem*. Art. III, § II, n° 65.

<sup>2</sup> Pothier *Traité des propres*. Sect. I, Art. III, § 2, *in fine*. — En ce sens Lebrun : *Traité des propres*. L. II, ch. I, sect. I, n° 7 : « Si le fils donne au père le don est acquit de succession et le père peut disposer du tout, comme il a été jugé en la troisième chambre des Enquêtes. »

quand même il serait expressément dit qu'il est donné en avancement de succession, car il n'y a que nos enfants à qui nous devons de notre vivant notre succession : ce que nous donnons à d'autres héritiers présomptifs ne peut être qu'une vraie donation et non un paiement anticipé de la dette naturelle de notre succession, puisque nous ne la devons pas<sup>1</sup>.

15. — Si en général et d'après la coutume de Paris, qui formait à cet égard le droit commun, la réserve ne s'appliquait ni aux meubles, ni aux acquêts, mais seulement aux propres, il y avait cependant de nombreuses coutumes exceptionnelles. Certaines coutumes soumettaient à la réserve les immeubles propres et acquêts, comme telles je citerai les coutumes de Normandie, de la Gorgue, de Metz, de Metz-évêché<sup>2</sup>. D'autres en grevaient même les meubles, et en effet je lis dans la coutume du pays et duché de Bourbonnais que « aucun ne peut par testament, codicille, donation ayant trait à mort, institution ou autre disposition de dernière volonté, disposer de ses biens que de la quarte partie,

<sup>1</sup> Pothier *Introduction aux Coutumes*. III, § II, n° 70. — Quoique je n'aie parlé que des immeubles, des propres réels, il est certain cependant que les propres fictifs, comme les rentes et les offices, étaient soumis à la réserve. Quant aux propres conventionnels, la jurisprudence les affranchissait de la réserve : arrêts de 9 août 1603 ; 9 juillet 1618 ; 5 août 1762. Voyez sur ce point. Merlin : au mot *réserve coutumière*. Réper. § I, art. I, p. 243, 1<sup>o</sup> col. et suiv.

<sup>2</sup> L'art. 431 de la coutume de Normandie est ainsi conçu : « Personne âgée de vingt ans accomplis peut donner la tierce partie de son héritage et biens immeubles, soient acquets, conquests ou propre à qui bon lui semble. » Voy. Bourdot de Richebourg : *Nouveau coutumier général ou corps des coutumes générales et particulières de France et de Provinces*. Paris 1724, t. IV, p. 82. — Coutume de la Gorgue, art. 88 et 92. — Cout. de Metz. tit. VIII, art. 7. — Cout. de Metz, évêché. tit. X, art. I, II. III.

chargée de tous les legs et funérailles, tellement qu'il faut que les trois demeurent à l'héritier<sup>1</sup> ». Enfin d'autres coutumes, appelées *coutumes de subrogation*, faisaient porter la réserve sur les propres d'abord ; à défaut de propres sur les acquêts et subsidiairement sur les meubles : telles étaient celles d'Angoumois, d'Anjou, de Touraine, du Maine, de la Rochelle, de Bar, de Sens, de Poitou, de Bretagne<sup>2</sup>. Renusson<sup>3</sup> critique les auteurs qui ont donné à ces coutumes le nom de *coutumes de subrogation* : « ces auteurs, dit-il, ne se sont pas bien expliqués et n'ont pas parlé juste : car il n'y a point de subrogation : les acquêts ne deviennent pas propres si les meubles ne deviennent acquêts : c'est seulement une prohibition de disposer, subordonnée par les coutumes qui ont voulu conserver aux héritiers du sang une espèce de légitime coutumière sur les acquêts, quand il n'y a point de propres et même sur les meubles, quand il n'y a ni propres, ni acquêts. »

Dans les coutumes de *subrogation* s'élevaient deux difficultés : on se demandoit d'abord si, pour éviter que les acquêts et les meubles fussent atteints par la réserve, il suffisait qu'il y eût un propre d'une valeur quelconque ou s'il fallait que ce propre eût une certaine consistance. Voici un exemple que j'emprunte à Renusson. Une per-

<sup>1</sup> Tit XXIV, art. CCXCI. Voy. Bourdot de Richebourg *op. cit.* tome III, p. 1254. — Dans le même sens Cout. d'Auvergne, chp. XII, XLI.

<sup>2</sup> Cout. d'Angoumois, art. 49 et 52. — Cout. d'Anjou, art. 321, 337, et 445. — Cout. de Touraine, art. 233, 238 et 325. — Cout. de Maine, 332, 333, 334, 335, 340. — Cout. de la Rochelle, art. 44. — Cout. de Bar, art. 98. — Cout. de Sens, art. 68. — Cout. de Poitou, art. 203, 215, 216, 217 et 223. — Cout. de la Bretagne, art. 199.

<sup>3</sup> Renusson. *Traité des Propres*, chp. III, sect. V, n° 1, *in medio*.

sonne qui avait dix mille livres de rente en acquêts et qui ne possédait qu'un arpent de vigne comme propre, jouissait-elle de la liberté de disposer de tous les acquêts<sup>1</sup> ? Dumoulin, ayant été consulté sur cette difficulté avec un célèbre avocat Mathia Chartier, fut d'avis que pour disposer de tous ses acquêts, il fallait avoir des propres assez importants « *non enim intelligitur de vili cerpile terræ, verba enim cum effectu notabili accipienda* »<sup>2</sup>. Renusson, au contraire, faisait observer qu'il était de principe que ceux qui avaient acquis des biens par « leur ménage et leur industrie » en puissent librement disposer, que l'esprit général de la plus grande partie des coutumes n'avait été d'affecter aux parents que les propres et non pas les acquêts, puisque les coutumes particulières qui limitaient le pouvoir de disposer de ces biens à défaut de propres, dérogeaient gravement au droit commun, qu'il n'y avait aucune raison de restreindre encore la liberté naturelle de disposer, et que dès lors il ne fallait pas interpréter ces coutumes particulières contre la liberté et le droit commun. Il ajoutait que l'opinion de Dumoulin aurait donné naissance à des contestations et à des procès lorsqu'il se serait agi de déterminer quelle quantité de propres pouvait être considérée comme suffisante<sup>3</sup>. Ricard<sup>4</sup> et Lebrun se prononçaient en sens contraire pour cette raison que « c'est à peu près la même chose de n'avoir que pour cent livres de propres ou de n'en avoir point du tout, lorsque l'on a des

<sup>1</sup> Renusson. *Traité des Propres*, chp. III, sect. V, n° 7.

<sup>2</sup> Dumoulin, sur l'art. 49, de la coutume d'Angoumois, au mot *propre*.

<sup>3</sup> Renusson, *ibidem* n° 8.

<sup>4</sup> Ricard. *Traité des donations*, III, partie, chp. X, sect. II, n° 1474-1481.

meubles considérablement, par exemple, pour huit ou dix mille livres, parce que « *in toto jure parvum et nihil æquiparantur*<sup>1</sup>. »

On se demandait aussi, s'il suffisait qu'il y eût des propres dans une seule ligne pour éviter ce qu'on appelait la *subrogation*. Il semblait que les coutumes n'ayant pas expressément exigé que le défunt laissât des propres dans chaque ligne, mais seulement des propres en général, il n'était pas nécessaire qu'il y en eût dans chaque ligne, car « *oratio indefinita æquivalet universali, idest significat omne et totum.* » Cependant la plupart des auteurs répondaient négativement, pour ce motif que les propres d'une ligne étant réservés exclusivement aux parents de cette ligne, leur existence ne devait pas empêcher la subrogation des acquêts au profit des parents de l'autre ligne pour suppléer au défaut de propres leur appartenant<sup>2</sup>.

**16.** — B. La coutume de Paris fixait la quotité de la *réserve* aux quatre cinquièmes des propres<sup>3</sup>. Une réserve

<sup>1</sup> Lebrun. *Traité des successions*. Liv. II, chp. IV, n° 38. — Dans le même sens : d'Argentré, sur l'art. 219 de la coutume de Bretagne. — Choppin sur la coutume de Paris, liv. II, tit. IV, n° 14.

<sup>2</sup> Renusson, *op. cit.* chp. III, sect. V, n° 4. — Lebrun *op. cit.* Liv. II, ch. IV, n° 54-61. — Ricard. *op. cit.* III, partie. chp. X, n° 1484-1486. — A cet égard la coutume de Poitou contenait une disposition expresse dans son article 217. « S'il advenait qu'il y eût héritiers de plusieurs branches et que d'un branchage il n'y eût héritage ancien, sera la moitié des acquêts ou des meubles à défaut d'acquêts, pour ce regard censée héritage pour y succéder et en disposer par la forme susdite. Voyez Richebourg, *op. cit.* t. IV, p. 795.

<sup>3</sup> La même disposition se trouvait dans les coutumes suivantes : Cout. d'Orléans, art. 292. — Cout. de Melun, art. 246. — Cout. de Sens, art. 68. — Cout. d'Auxerre art. 224. — Cout. de Calais, art. 84. — Cout. du Grand Perche, art. 129. — Cout. de Mantes, art. 156. — Cout. de Valois, art. 84 et 86. — Cout. d'Amiens, art. 57. — Cout. de Ni-



de quatre cinquièmes paraît au premier abord extrêmement avantageuse pour les héritiers ; mais il faut considérer qu'elle ne se prescrit que sur les propres et que s'il n'y avait point de propres, la réserve se réduisait à zéro, le droit de disposer des meubles et acquêts n'étant aucunement limité.

De nombreuses variétés se présentaient ailleurs soit pour étendre la réserve, soit pour la restreindre au point de vue de la quotité.

Parmi les coutumes qui admettaient une réserve supérieure aux quatre cinquièmes des propres, je citerai celle de Bar, où la réserve était de cinq sixièmes, celle d'Anjou, qui ne permettait que le legs de la moitié des fruits des propres pendant trois ans ; celle de Gentis et de Clermont en Beauvoisis où l'on ne pouvait rien léguer à des propres, s'il y avait des enfants et dans le cas contraire, au delà du cinquième ; celle de Touraine et du Loudunois où toute la nue propriété était réservée et où l'on ne pouvait tester que d'un tiers des propres en viager. Dans la coutume de Normandie, d'Epinal, de Bayonne, de Metz-Evêché, il était défendu de rien léguer des propres ni en propriété, ni en usufruit qu'il y eût ou non des enfants <sup>1</sup>.

Parmi celles qui restreignaient, au contraire, la réserve, je mentionnerai la coutume de Bretagne, de

vernais, art. 1, tit. XXX. — Cout. de Montfort l'Amaury, art. 87 et 88.

<sup>1</sup> Cout. de Bar, art. 98. — Cout. d'Anjou, art. 275. — Cout. de Senlis, art. 217 et 249. — Cout. de Clermont en Beauvoisis, art. 131. — Cout. de Touraine, art. 233 et 325. — Cout. du Loudunois, art. I, XXV, et 3, XXVI. — Cout. de Normandie, art. 427 et 428. — Cout. d'Epinal, art. 4, V. — Cout. de Bayonne, art. 6 et 11, XI. — Cout. de Metz-Evêché, art. 3, X.

Chaumont, de Châlons, de Clermont en Argonne, de Meaux, de Verdun, du Poitou, de Vitry, de Troyes, de Bordeaux, de la Marche où le disponible était du tiers des propres<sup>1</sup>; la coutume de Reims autorisait le legs de moitié tant en fiefs qu'en roture<sup>2</sup>. En Bourgogne tous les biens étaient disponibles, s'il n'y avait pas d'enfant; dans le cas contraire, on en réservait une moitié ou un tiers suivant leur nombre<sup>3</sup>. Enfin à Douai gouvernance et châteltenie et à Douai Ville et échevinage, à Arras, à Bapaume et en Bassigny, la liberté de disposer des propres était entière<sup>4</sup>.

Je reviens au droit commun et je fais remarquer que la coutume de Paris réservait les quatre cinquièmes non de chaque héritage propre, mais du total des propres. « Ce sont les quatre quints de l'universalité des propres du défunt, dit Pothier, et non par les quatre quints de chaque héritage propre que nos coutumes réservent à l'héritier : c'est pourquoi si on a légué à quelqu'un un certain héritage propre, l'héritier n'en peut rien retenir si cet héritage n'excède pas en valeur la cinquième partie du montant de tous les propres<sup>5</sup>. »

<sup>1</sup> Cout. de Bretagne art. 199, 200 et 617. — Cout. de Chaumont, art. 82. — Cout. de Châlons, art. 70. — Cout. de Clermont, art. 3, VII. Cout. de Meaux, art. 26. — Cout. de Verdun, art. I, III. — Cout. du Poitou, art. 203. — Cout. de Vitry, art. 100. — Cout. de Troyes, art. 95. — Cout. de Bordeaux, art. 60 et 61. — Cout. de la Marche, art. 212.

<sup>2</sup> Cout. de Reims, art. 392.

<sup>3</sup> Cout. de Bourgogne, art. 2, 4, 7, 9, tit. VII.

<sup>4</sup> Cout. de Douai-Govenance, art. 9, VII. — Douai Ville, art. 1, II. — Cout. de Azzas, art. 8. — Cout. de Bapaume, art. 11. — Cout. de Bassigny, art. 138.

<sup>5</sup> Pothier. *Traité des donations testamentaires*, chap. IV, art. II, § III.

Mais comment devait-on déterminer l'étendue de la réserve coutumière lorsque le défunt avait laissé des héritiers de plusieurs lignes ? fallait-il que le testateur laissât à chaque ligne sa portion légale des propres ou suffisait-il qu'il laissât à ses héritiers en général, la quotité fixée par la coutume dans la totalité de ses propres, en quelque ligne qu'ils fussent ? Par exemple, le défunt dont la succession comprenait des propres paternels pour 80,000 livres et des propres maternels pour 20,000 livres seulement, a légué tous les propres maternels à un étranger ; l'héritier aux propres maternels pouvait-il en retenir les quatre quintes<sup>1</sup> ? La raison de douter provenait de ce que la coutume permettait en général et indistinctement de disposer du quint de ses propres et *non plus avant* ; d'où il semblait suivre que dans cette espèce, le legs n'excédant pas le quint de tous les propres du testateur, le légataire ne devait subir aucune réduction. Cependant on admettait la solution contraire pour le motif que la succession du défunt se divisant à sa mort en autant de succession distinctes qu'il y avait de lignes, il était logique que les héritiers de chaque ligne fussent pourvus de leur réserve. « La nature, dit Renusson, ayant distingué les propres de l'une et de l'autre ligne dans la succession, elle les a aussi vraisemblablement voulu distinguer quand elle a parlé de la disposition des propres, et qu'elle a permis de disposer seulement d'une certaine quantité de propres. La coutume ne peut pas être interprétée d'une manière dans la succession et d'une autre manière dans la disposition ; la coutume a été faite dans un même esprit. Quand la coutume a permis de

<sup>1</sup> Pothier. *Traité des propres*, chp. IV, art. II, § III.

disposer seulement du quint des propres, cela s'entend divisément en chaque ligne, l'un ayant son patrimoine distinct et séparé de l'autre <sup>1</sup>. » Et Pothier enseigne la même doctrine : « la coutume ayant eu pour motif la conservation des biens dans la famille elle a dû avoir en vue l'intérêt de chaque famille et par conséquent son esprit et non de réserver les quatre quints des propres en général, mais de réserver à chaque famille les quatre quints des propres qui lui sont affectés <sup>2</sup>. » La coutume du Maine s'expliquait sur cette difficulté et contenait une disposition expresse : « Celuy qui a héritier en deux lignes ne peut pas faire, n'assigner tout le don sur l'une des lignes ; mais sera assigné le dit don sur chacune ligne, comme si le donneur avait soixante livres de rente en ligne de père et trente en ligne de mère et le don se monte à trente livres de rente, il en sera prins vingt en ligne de père et dix en ligne de mère : et ainsi des autres <sup>3</sup>. »

Voici une autre difficulté dans le même ordre d'idées : un testateur ayant des propres situés dans différentes coutumes, par exemple, dans la coutume de Paris et dans celle d'Orléans, a légué à un étranger tous ses propres situés dans cette dernière coutume ; seulement ses autres propres situés dans la coutume de Paris avaient une telle valeur qu'en léguant la totalité des

<sup>1</sup> Renusson. *Traité des propres*, ch. III, sect. III, n° 27. Il cite deux arrêts en ce sens au n° 28 : l'un du 21 avril 1631, l'autre du 29 février 1648.

<sup>2</sup> Pothier. *Traité des propres*, chp. IV, art. II, §. III. — Dans le même sens Lebrun *op. cit.* II, IV, 26. — Ricard. *op. cit.* III, part. chp. X, sect. I, n° 1459.

<sup>3</sup> Art. 339. Voyez Richebourg *op. cit.* tome IV, p. 500. — Comp. art. 324, de la coutume d'Anjou.

propres régis par la coutume d'Orléans, il n'avait pas excédé la quotité disponible calculée sur toute la masse des propres. La question qui s'élevait était celle de savoir, si dans ce cas, l'héritier pouvait retenir les quatre cinquièmes des propres situés dans la coutume d'Orléans ? Renusson soutenait la négative ; « celui, dit-il, qui est héritier des propres qui se trouvent situés endifférentes coutumes, n'a pas lieu de se plaindre, si le testateur assigne disposition sur les propres d'une coutume, pourvu qu'il n'ait disposé que jusqu'à la quantité dont il pouvait disposer par rapport à la totalité des propres, par la raison que c'est ce même héritier qui succède à tous ces propres, quoique situés en différentes coutumes : ce n'est qu'un seul et même patrimoine tant à l'égard du testateur que de l'héritier, c'est pourquoi il faut seulement voir si ce dont il a disposé excède, auquel cas, il faut réduire sa disposition ; mais s'il n'exécède pas, la disposition doit avoir lieu, son plein et entier effet <sup>1</sup>. » On trouve la même doctrine dans le *commentaire* de Ferrière : « on doit considérer tous les biens d'un testateur comme ne faisant qu'un même et seul patrimoine. C'est pourquoi *ex æquo et bono*, il y a lieu de dire que quoique les héritages soient situés dans différentes coutumes, le legs des héritages situés dans une coutume doit être exécuté, au cas qu'il n'exécède ce dont on peut disposer par ces coutumes <sup>2</sup>. » Mais Pothier <sup>3</sup>, Furgole <sup>4</sup>, Ricard admettaient l'affirma-

<sup>1</sup> Renusson. *Traité des propres*, chp. III, sect. III, n° 29, à la fin de la colonne.

<sup>2</sup> Sur l'art. 295 de la coutume de Paris.

<sup>3</sup> Pothier. *Traité des donations testamentaires*, ch. IV, art. II, § III.

<sup>4</sup> Fugole. *Traité des Testaments*, ch. VII, sect. I, n° 28.



tive, s'appuyant sur le principe de la territorialité des coutumes, combiné avec celui du statut réel : « Nos coutumes, dit Ricard, sont réelles et ont empire séparé sur ce qui est assis dans leurs bornes, de sorte qu'elles y doivent être exécutées exactement de point en point<sup>1</sup>. »

17. — C. La *réserve coutumière* ne garantissait les membres de la famille que contre les dispositions testamentaires du défunt, et non pas contre les donations entre vifs. Ceci résulte non seulement par *a contrario* de l'article 292 de la Coutume de Paris qui porte en effet que : « Toutes personnes... peuvent disposer *par testament et ordonnance de dernière volonté*, mais encore de l'art. 272 Cout. de Paris qui pose en termes formels le principe de la libre disposition de ses biens par donations entre vifs : « Il est loisible à toute personne âgée de vingt-cinq ans accomplis et saine d'entendement, donner et disposer par donation et disposition faite entre vifs, de tous ses meubles et héritages propres, acquets et conquests, à personne capable. »

La différence qui existait à cet égard entre les libéralités entre vifs et les libéralités à cause de mort, s'explique par cette raison que le droit coutumier considérait la famille comme suffisamment protégée par la vieille maxime « *donner et retenir ne vaut*, » contre les donations excessives des propres. Comme elle impliquait un dessaisissement immédiat et irrévocable, on avait pensé avec raison que l'intérêt personnel du donateur serait une sauvegarde suffisante contre les abus des donations des propres. « La raison de ces coutumes, dit Argou, est la conservation des propres dans les fa-

<sup>1</sup> Ricard. *Traité des donations*, III<sup>me</sup> partie, chp. X, sect. I, n<sup>o</sup> 1457.

milles ; elles ont permis de disposer de tous les propres par donations entre vifs, parce qu'il arrive rarement qu'un homme veuille se dépouiller lui-même durant sa vie et s'ôter la liberté et disposer de son bien, et néanmoins, s'il le veut faire, la coutume le lui permet ne voulant pas l'obliger à avoir plus d'égard pour ses héritiers qu'il n'en a pour lui-même<sup>1</sup>. »

18. — Plusieurs coutumes, s'écartant du droit commun, constaté dans la Coutume de Paris, apportaient des restrictions même à la liberté de disposer entre vifs, tantôt quand il y avait des enfants, comme dans la coutume de Berry, de Laon, de Vermandois où le disponible entre vifs n'était que de la moitié des propres<sup>2</sup> ; comme dans la coutume de Châlons où il n'était que du tiers<sup>3</sup>, tantôt même en l'absence d'enfants, comme dans la coutume de Calais, de Blois, de Reims où on ne pouvait donner entre vifs que la moitié des propres<sup>4</sup> ; comme dans la coutume de Normandie, de Bretagne, de Poitou, d'Angoumois, de Saintonge, où le disponible était du tiers des propres<sup>5</sup>. Dans la coutume de la Marche et dans celle de Clermont en Argonne, le père sans enfants pouvait tout donner, mais rien, s'il en avait<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Argou. *Institution au droit français*. Paris 1787. Liv. II, chap. XI. *Des donations entre vifs*. t. I, p. 272.

<sup>2</sup> Cout. de Berry, art. 9, tit. VII. — Cout. de Laon, art. 51. — Cout. de Vermandois, art. 51.

<sup>3</sup> Cout. de Châlons, art. 63.

<sup>4</sup> Cout. de Calais, art. 66. — Cout. de Blois, art. 167. — Cout. de Reims, art. 232.

<sup>5</sup> Cout. de Normandie, art. 431 et 441. — Cout. de Bretagne, art. 199 à 200. — Cout. de Poitou, art. 203. — Cout. de Saintonge, art. 61. — Cout. d'Angoumois, art. 49.

<sup>6</sup> Cout. de la Marche, art. 306. — Cout. de Clermont en Argonne, art. 1, tit. VI.

Dans ces différentes coutumes, deux difficultés se présentaient :

1° A quel moment devait-on se placer pour comparer la valeur des biens donnés au chiffre de la quotité disponible? Par exemple dans la coutume du Maine, où l'on ne pouvait disposer entre vifs que du tiers des propres, une personne avait donné une maison dont la valeur égalait le tiers de ses propres ; puis, postérieurement à cette donation elle avait vendu le surplus de ses propres. On se demandait si dans ce cas la donation était réductible, attendu qu'au moment du décès du donateur, il ne se trouvait aucun bien propre dans sa succession, ou si elle devait avoir son plein et entier effet, puisqu'à l'époque de la donation, la chose donnée n'excédait pas le tiers des propres, dont il était permis de disposer par la coutume. D'Argentré établit à cet égard une distinction entre le don d'un corps certain et le don d'une quotité : il règle la première hypothèse d'après la situation du patrimoine au moment de la donation et la seconde, sauf clause contraire du donateur, d'après la situation du patrimoine au moment de la mort<sup>1</sup>. Mais les autres auteurs étaient unanimes à reconnaître comme seul moment à envisager, l'époque du décès, puisque la réserve était une partie de la succession et que le droit des héritiers se trouvait déterminé seulement à cette époque. Cependant Ricard prévoyait une objection « il semble, dit-il, qu'il n'y a point lieu de douter, que l'on ne doit avoir égard qu'au temps des donations parce que s'agissant d'actes entre vifs, ils ont une date certaine et un droit acquis du jour qu'ils

<sup>1</sup> D'Argentré. Sur le Cout. de Bretagne, art. 218, glosse, no 5, 21, 22.

sont faits, de sorte que le donateur n'y peut pas donner atteinte par les aliénations postérieures<sup>1</sup>. » Mais il répond que les réservataires ont un titre particulier et qu'ils tiennent leur droit de la coutume et non de la volonté du donateur et qu'ils ne doivent pas souffrir des actes de son administration. Renusson expose très bien les raisons qui militaient en faveur de l'opinion générale : « Il semble que la donation entre vifs se doit considérer au temps qu'elle a été faite, ayant son effet dès l'instant qu'elle a été faite : néanmoins, il est plus raisonnable de dire qu'il faut seulement considérer le temps du décès du donateur, parce que le droit de l'héritier n'est ouvert que par le décès, et les deux tiers de l'héritage se doivent régler par rapport au tiers qui doit demeurer au donataire et *è converso*. La donation entre vifs peut bien avoir son effet du jour qu'elle a été faite ; mais néanmoins nos coutumes ayant limité le pouvoir de disposer des propres et ayant voulu laisser aux héritiers leur légitime coutumière, il est vrai de dire que la donation est censée faite *sub conditione resolubili* au cas que les héritiers trouvent après le décès du donateur de quoi remplir leur légitime coutumière<sup>2</sup>, autrement ils se trouveraient souvent frustrés et la précaution de nos coutumes qui ont limité le pouvoir de disposer serait inutile arrivant souvent que les biens des hommes changent d'état<sup>3</sup>. » De là cette conséquence, que si au moment où elle a été faite, la donation excédait le tiers des propres, mais que postérieurement il fut échu au

<sup>1</sup> Ricard. *op. cit.* III, partie, chp. X, sect. I, n° 1468.

<sup>2</sup> C'est le nom que Renusson, Lebrun, Poithier donnaient à la réserve qui atteignait les donations entre vifs.

<sup>3</sup> Renusson. *Traité des Propres*. ch. III, sect. IV, n° 2.

donateur d'autres propres, de sorte qu'à son décès, ses héritiers en trouvaient suffisamment pour remplir leur réserve, la donation était inattaquable, n'était point soumise à la réduction<sup>1</sup>...

2° Dans ces coutumes qui limitaient les donations entre vifs, les libéralités faites en cette forme diminuaient-elles d'autant la portion disponible par testament ou au contraire celle-ci se calculait-elle sur les biens laissés au décès, abstraction faite des biens donnés? La réponse variait suivant les coutumes : il y en avait où il n'était pas permis de disposer que d'une seule quantité de ses biens, soit entre vifs, soit par testament<sup>2</sup> : dans ces coutumes la donation s'imputait sur le legs. Dans d'autres coutumes, il existait deux quotités disponibles différentes, l'une pour les donations, l'autre pour les legs ; la première calculée d'après la valeur de tous les propres, qui avaient été possédés par le défunt ; la seconde d'après la valeur de ceux qu'il laissait à sa mort. Le testateur, après avoir épuisé l'une en donations, avait le droit de disposer de l'autre par legs. Tel était l'avis de Ricard et de Lebrun<sup>3</sup>.

19. — Pour être admis à réclamer la réserve, deux conditions étaient exigées : il fallait, en premier lieu, être parent du défunt ; en second lieu, se porter héritier. — Je les examinerai successivement.

4) En premier lieu, il fallait, dis-je, pour avoir droit à la réserve, être parent du défunt. Cependant ce n'était

<sup>1</sup> Renusson. *ibidem*, n° 3.

<sup>2</sup> Cout. de Berry, art. 9, tit. VII, qui fixait la quotité disponible entre vifs ou testamentaire à la moitié des biens.

<sup>3</sup> Ricard. *Traité des donations*, III<sup>me</sup> partie, chp. X, n° 1484, et suiv. — Lebrun. *Traité des successions*. L. II, chp. IV, n° 62.



pas toujours les plus proches parents qui succédaient aux propres : on n'avait d'égard à la proximité du degré qu'après avoir vérifié si l'on se trouvait dans la ligne d'où le défunt tenait le bien. Toutefois les coutumes différaient sur l'application même de la règle. On les distinguait en trois groupes principaux : *les coutumes souchères, les coutumes de simple côté et les coutumes d'estoc et ligne*. Les premières étaient celles où pour succéder à un propre, il fallait nécessairement être issu du premier acquéreur, qui avait mis l'immeuble dans la ligne et remonter par conséquent jusqu'à l'origine du propre. Elles étaient mieux que toutes autres pénétrées de l'esprit du droit féodal primitif et du souvenir de la copropriété familiale. A défaut d'un descendant de ce premier acquéreur, le propre était considéré comme acquêt et partagé entre les plus proches parents. Comme entrant dans cette catégorie, je citerai la coutume de Mantes, de Melun, de Montargis, de Dourdan <sup>1</sup>. Les *coutumes de simple côté* ne remontaient pas au delà de la provenance immédiate des biens en mains de la personne qui en était détentrice : elles attribuaient aux parents paternels les biens qui étaient parvenus au défunt du côté de son père et aux parents maternels ceux qui étaient parvenus du côté de la mère. Faisaient partie de ce groupe la coutume de Metz, de Sedan <sup>2</sup>. — Les *coutumes de côté et ligne* beaucoup plus nombreuses, remontaient aussi jusqu'à l'origine du propre, mais n'exigeaient pas que l'héritier descendît de

<sup>1</sup> Cout. de Mantes, art. 167. — Cout. de Melun, art. 264 et 137. — Cout. de Montargis, art. 3, 7, tit. XV. — Cout. de Dourdan, art. 116.

<sup>2</sup> Cout. de Metz, tit. 115, art. 30. — Cout. de Sedans, art. 182. — Voyez Merlin, V<sup>o</sup> *paterna paternis*. Sect. II, art. V, Répertoire.

l'acquéreur : il leur suffisait qu'il fût son parent collatéral de côté et ligne. C'était le droit commun. Si deux parents au même degré concouraient, la préférence était donnée à celui qui était issu de l'acquéreur originaire. Dans ce troisième groupe figuraient la coutume de Paris, d'Orléans, de Berry, de Meaux etc<sup>1</sup>. Ainsi suivant le droit commun, la réserve appartenait non seulement au descendant de celui de qui provenaient les propres, mais encore s'il n'y avait pas de descendants, à tout collatéral, parent par la ligne et la branche. Mais je m'empresse d'ajouter qu'on distinguait entre les collatéraux utérins et consanguins d'une part, et les germains d'une autre : ceux-ci étaient les seuls capables de recueillir les propres dans les deux lignes.

20. — Restent les ascendants. Avaient-ils droit à la réserve ? Dans la coutume de Paris nous trouvons un article ainsi conçu : « en succession, en ligne directe propre héritage ne remonte et n'y succèdent les pere et mere, ayeul ou ayeule <sup>2</sup> » d'où il semble résulter que les ascendants ne succédant pas aux propres, ne pouvaient prétendre à une réserve. Cependant il ne faudrait pas prendre à la lettre cet article et lui donner une pareille interprétation. Il est vrai qu'à l'époque féodale, dans l'ancien droit coutumier, les ascendants ne succédaient point à leurs enfants et qu'à défaut de parents collatéraux le fisc leur était même préféré<sup>3</sup>, d'où la règle « *pro-*

<sup>1</sup> Cout. de Paris, art. 326, 329, 330. — Cout. d'Orléans, art. 324-325. — Cout. de Berry. art. 1, tit. XIX. — Cout. de Meaux, art. 67.

<sup>2</sup> Coutume de Paris, art. 312. — Cout. d'Orléans, art. 314.

<sup>3</sup> Voy. Beaumanoir, chp. XIV, n° 23. — Masuer *De successionibus*, 8. — Boutillier. *Somme rurale* I, LXXVII. — Voyez aussi la coutume de Dijon, art. 21.

*pres ne remontent* », mais dès le XIII<sup>e</sup> siècle, elle commença à s'écarter de son sens primitif : on entendit simplement par là que les propres réels ou fictifs d'une ligne ne pouvaient être recueillis par les ascendants appartenant à une autre, que le père et l'aïeul paternel étaient exclus de la succession des propres maternels par les collatéraux de la famille à laquelle ces biens étaient affectés, quel que fut le degré de ces parents, et réciproquement, que les ascendants maternels étaient incapables de succéder aux propres paternels, quand il existait des collatéraux dans la ligne paternelle. Tel était aussi le sens de l'art. 312 de la coutume de Paris. Voici ce que dit de Laurière sur cet article : « La règle *propres ne remontent*, ne signifie à présent autre chose, sinon que le père ne succède point au propre maternel, échu à son fils, ni la mère au propre paternel, si ce n'est au défaut de parents d'un des côtés, selon l'art. 339, et que les ascendants quoiqu'ils soient de la ligne, ne succèdent point à un propre, tant qu'il y a des descendants à l'infini en ligne directe, ou des collatéraux descendus au premier acquéreur, en pareil degré avec les ascendants. Cette règle étant donc principalement mise ici pour nous marquer que les propres ne doivent point passer d'une ligne à une autre, même en faveur des ascendants, et que les ascendants quoiqu'ils soient de la ligne, ne succèdent point à un propre tant qu'il y a des descendants en ligne directe, ou des collatéraux, descendus du premier acquéreur en pareil degré avec les ascendants, il s'en suit que le propre remonte à présent, pourvu qu'il ne sorte pas de la ligne : ainsi les pères et mères succèdent aux propres de leurs enfants qu'ils leur ont donnés en avancement d'hoirie : l'aïeul succède

à l'acquêt fait par son fils, devenu propre naissant en la personne de son fils décédé sans enfants, sans frères<sup>1</sup>. »

(b.) En second lieu, j'ai dit que pour être admis à réclamer la réserve, il fallait être de droit et de fait héritier du propriétaire des propres ; « Un usage qui n'est point contesté et duquel nous ne devons pas nous départir, dit Ricard, c'est que celui qui n'est pas actuellement héritier ne doit point prendre dans les quatre quints des propres, soit par droit de retention, ou autrement<sup>2</sup>. » Pourquoi le titre d'héritier était-il nécessaire, et le titre de donataire ou de légataire ne suffisait-il pas ? C'est que de l'avis unanime, la réserve coutumière faisait partie de la succession, elle n'était que la succession *ab intestat*, dès lors elle ne pouvait être recueillie qu'à titre héréditaire. M. Ragon fait remarquer que les propres qui étaient les biens acquis par succession auraient perdu leur qualité de propres, s'ils avaient été transmis autrement que par succession<sup>3</sup>. Il appuie cette application, qu'il croit puisée dans les entrailles de la matière sur le passage suivant de Lebrun : » Le titre qui n'est pas capable de *faire* des propres, dit cet auteur, ne le *conserve* pas ; par exemple, une donation faite en collatérale *etiam successuro*, ne conserve point la qualité de propre, parce que régulièrement une donation ne fait pas un propre, mais un acquêt<sup>4</sup>. »

Du principe que la réserve coutumière faisait partie de la succession *ab intestat*, il s'en suivait 1° que les

<sup>1</sup> De Saurière. *Textes des coutumes de la prévôté et vicomté de Paris*. Paris 1777, tit. XV. *Des successions*. Art. CCCXII, p. 61 et 62.

<sup>2</sup> Ricard. *op. cit.* 3 partie, n° 1463.

<sup>3</sup> Ragon. *Théorie de la rétention et de l'imputation des dons faits à des successibles*. t. I, n° 77, p. 142.

<sup>4</sup> Lebrun. *Traité des successions*, l. II, ch. I, n° 6.

héritiers qui étaient appelés à la recueillir en étaient saisis de plein droit par l'effet de la règle coutumière *le mort saisi le vif* ; 2° qu'elle appartenait collectivement à tous les héritiers de la ligne quels que fussent d'ailleurs leurs qualités et leur nombre ; car le titre de succession est un titre universel ; d'où il fallait conclure que dans le cas de renonciation d'un ou plusieurs réservataires, leur part dans la réserve accroissait aux autres *jure non descrendendi*.

**21.** — La nécessité de se porter héritier pour le parent qui voulait réclamer les quatre quints des propres, entraînait les conséquences suivantes : 1° les indignes, les incapables de succéder, les exhérédés<sup>1</sup>, les filles exclues par la coutume ou la convention à raison de la dot reçue, enfin les renonçants à la succession n'y pouvaient rien prétendre. 2° La qualité d'héritier étant incompatible avec celle de légataire<sup>2</sup>, le lignager qui acceptait un legs, abdiquait implicitement le titre d'héritier ; par là il perdait tout droit à la réserve et ne pouvait pas même la retenir sur son legs, dans le cas où cette libéralité dépassait le montant de la quotité disponible ; c'est ce qu'on exprime en disant que : le successeur renonçant ne pouvait réclamer la réserve par voie d'action, ni la retenir par *voie d'exception*<sup>3</sup>. 3° Les

<sup>1</sup> La doctrine étendait généralement à la réserve coutumière les causes d'exhérédation admises en droit romain pour la légitime, en tant que ces causes étaient encore applicables au milieu social dans lequel on vivait. Quelques coutumes s'expliquaient textuellement à cet égard : la coutume de Tourain, art. 303, semblait même étendre le principe, en l'appliquant à toutes sortes d'héritiers.

<sup>2</sup> Art. 300, de la coutume de Paris.

<sup>3</sup> Ricard. *op. et loc. cit.* — Lebrun, *op. cit.* chp. IV, 47. — Pothier. *Don. test.* ch. IV, art. 2, § 4. — En traitant de la légitime de droit



réservataires étaient tenus des dettes héréditaires. Arrêtons-nous un instant sur ce point : Le principe en vertu duquel les propres devaient être conservés, en partie tout au moins, dans la famille, devait avoir pour conséquence de les soustraire plus ou moins complètement à l'action des dettes contractées par le défunt. Et en effet, au XIII<sup>e</sup> siècle, nous rencontrons dans l'Anjou, la Touraine et l'Orléanais, une règle qui d'après Dumoulin et Loysel aurait été presque le droit commun de la France à cette époque : les dettes personnelles suivaient les meubles, les immeubles n'étaient appelés à y contribuer que dans le cas d'insuffisance des meubles. « *Si li meuble poeut suffire*, disait Beaumanoir, *li heritages drit demourer en pes* <sup>1</sup>. Et Dumoulin, sur l'art. 26 de la coutume de Lille, dit aussi que dans la plupart des coutumes celui qui prenait les meubles devait payer les dettes *Per omnes fere consuetudines Galliæ debito debent solvi primum de mobilibus, in quibus actiones ad mobile continentur, si sufficiant* <sup>2</sup>. En principe donc, d'après l'usage primitif, les lignages recevaient les propres francs et quittes des dettes personnelles et mobilières. C'est pourquoi avant l'ordonnance de 1539, les créanciers ne pouvaient saisir les héritages pour être payés de leurs créances avant la discussion des meubles. Tant qu'il y avait des objets mobiliers pour les désintéresser, ils n'avaient pas la faculté d'agir sur les immeubles. Quant aux dettes immobilières, qui grevaient le propre, elles

dans les pays de coutumes, je montrerai, que le renonçant qui ne pouvait la retenir par voie d'action, pouvait la retenir par voie d'exception.

<sup>1</sup> Beaumanoir. LXIII, LXIV.

<sup>2</sup> Lebrun. *op. cit.* L. IV, ch. II, sect. II, 13. — Pothier, *Tr. des suc.* ch. V, art. II, § 1.

étaient à la charge de celui auquel l'immeuble était attribué, puisqu'il était seul à en profiter. — Mais dans la coutume de Paris et dans la plupart des autres, on adopta de bonne heure un système opposé. Chacun des cohéritiers fut tenu des dettes à proportion de l'émolument qu'il recueillait dans la succession « *pour telle part et portion qu'il en amendait.* » On ne distingua plus les dettes mobilières des dettes immobilières : l'héritier des propres contribua pour sa part aux dettes qui avaient été créées pour acquérir un bien dont il ne prenait rien, et l'héritier des meubles ou acquêts, aux dettes contractées pour l'acquisition d'un propre quoiqu'il n'y succédât point. Les réservataires contribuèrent non-seulement pour la part de succession qui leur avait été réellement laissée, mais encore pour la portion de legs qu'ils avaient fait réduire ou révoquer : car les biens légués font toujours partie de la succession et la succession est le gage des créanciers. Mais il n'en était pas de même des biens faisant l'objet des donations, réduites ou révoquées, à la demande des réservataires. Une fois sortis du patrimoine, ils échappaient au gage des créanciers. La réduction les remplaçait, sans doute, dans ce patrimoine, mais elle avait lieu dans l'intérêt unique des lignagers et logiquement elle n'eût pas dû profiter aux autres. Toutefois comme les créanciers du défunt devenaient ceux de l'héritier, par l'effet de l'acceptation pure et simple de l'hérédité, il arrivait souvent qu'ils profitaient de la réduction des biens donnés. Mais cette conséquence n'était pas forcée ; par le bénéfice d'inventaire l'héritier obtenait la distinction de son patrimoine de celui du défunt et dès lors les créanciers héréditaires, ayant perdu tout droit sur les biens aliénés par leur débiteur,

ne tiraient plus profit de la réduction des donations qui était une action propre aux lignagers.

## SECTION II

### De la légitime de Droit.

SOMMAIRE : 22. Raisons qui expliquent l'introduction de la *légitime de droit* dans les pays de coutumes. -- 23. Son origine romaine : démonstrations. — 24. Variété dans les coutumes. — 25. Nature de la *légitime* ; controverse : exposition du système suivant lequel elle était *pars bonorum*. Exposition de celui suivant lequel elle était *pars hereditatis*. Principe posé par Dumoulin que *non habet legitimam nisi qui hæres est* généralement adopté. — 26. Conséquences qu'entraînait ce dernier système : Réfutation d'une doctrine de Merlin. — 27. Difficultés résultant du caractère héréditaire de la *légitime*. — Moyens proposés par Guy-Coquille, par Ricard pour les résoudre : opinion de Lebrun, de Bourjon, de Pothier à ce sujet. — 28. Rétention de la *légitime* par le légitimaire donataire renonçant : son application différente dans les coutumes de *preciput d'égalité d'option*. — 29. De la clause d'avancement d'hoirie : distinction de Dumoulin si la condition d'avancement d'hoirie est exprimée ou seulement sous-entendue. — 30. Rejet de cette doctrine par la doctrine, la jurisprudence et les réformateurs de la coutume de Paris. — 31. L'enfant renonçant pouvait-il retenir sur son legs sa part légitimaire ? — 32. Personnes auxquelles appartenait la *légitime* : descendants. — 33. *Légitime* des filles dotées. — 34. *Légitime* des ascendants. — 35. *Légitime* des frères. 36. — Concours des légitimaires avec des parents auxquels la loi n'assure pas une *légitime*. — 37. La *légitime* n'était pas un droit exclusivement attaché à la personne des légitimaires. — 38. De la quotité de la *légitime* : variétés : coutumes muettes : Fallait-il leur appliquer le taux de la coutume de Paris ou celui de la Novelle XVIII. — 39. La *légitime* était individuelle. — 40. Computation des légitimaires d'après la coutume de Paris : renonçants, distinction entre les renonçants *aliquo accepto* et les renonçants *nullo accepto* : les filles mariées et dotées — les exhérédés. — 40. A qui profitait la part vacante d'un légitimaire ? — 42. Computation des légitimaires d'après la Novelle XVIII, Renvoi. — 43. Libéralités atteintes

par la *légitime* : donations entre vifs et dispositions testamentaires.

— 44. Comment la *légitime* se combinait-elle avec la *réserve coutumière* ?

APPENDICE : De la *légitime féodale* ; — 45. Double avantage assuré à l'aîné. — 46. En quoi consistait la *légitime féodale* ? — 47. Quelles libéralités atteignait-elle ? — 48. Combinaison de la *légitime de droit* avec la *légitime féodale*.

**22.** — La réserve coutumière garantissait trop faiblement les droits des enfants sur les biens de leurs parents ; elle n'atteignait, en effet, que les propres et ne restreignait, dans une certaine mesure, que les dispositions testamentaires. Or, il pouvait arriver qu'une personne ne possédât pas de propres ou si elle en avait, qu'elle les eût donnés entre vifs, ou bien que son patrimoine se composât exclusivement de meubles et acquêts sur lesquels elle pouvait tester librement ; dans tous ces cas, elle dépouillait entièrement ses plus proches parents. J'ajoute qu'ordinairement on n'avait pour propres que des immeubles féodaux et alors l'aîné des enfants en vertu de son préciput (château ou manoir, avec le vol du chapon) et de sa part avantageuse (deux tiers du surplus, s'il n'avait qu'un frère ou une sœur ; sinon, moitié du surplus) absorbait la majeure partie des réserves, et les puînés, dès lors, se trouvaient à peu près deshérités en ce qui touchait ses biens, privés de toute ressource. Pendant longtemps, néanmoins le droit coutumier ne vint pas autrement au secours de la famille. Mais nous avons vu, dans le chapitre précédent, qu'au douzième siècle, lorsque la renaissance des études du droit romain eut propagé par toute l'Europe les principes de cette législation savante, les juriconsultes coutumiers s'emparèrent de ceux qui concernaient la *légitime romaine* pour combler les lacunes que je viens

de signaler, et restreignirent la faculté dont jouissait le père de disposer librement de ses meubles et acquêts.

23. — La *Légitime* formait une institution tout à fait distincte de la *réserve coutumière*. Même dans les pays de coutumes, elle devait son origine aux lois romaines : c'est là un point qui n'est plus, aujourd'hui, sérieusement contesté. En effet, d'abord, on n'en trouve aucune trace dans les traditions antérieures aux lois barbares, ni dans ces lois ; ensuite, les auteurs tels que Beaumanoir, de Fontaines, qui accordaient cette légitime aux descendants, n'invoquaient point à l'appui de cette innovation, les principes du droit coutumier, ils se fondaient directement sur le droit romain ; en outre la plupart des coutumes, lors de leur première rédaction, excluaient toute idée de légitime. Il est vrai que quelques-unes mentionnaient formellement cette faveur ; mais du texte même de ces coutumes, il résulte la preuve de l'origine toute romaine de la légitime. La coutume de Bourgogne<sup>1</sup> dit en propres termes que la légitime appartient *par droit écrit* aux enfants, et la quotité qu'elle fixe est exactement celle de la Nouvelle XVIII. Enfin Dumoulin, qui contribua le plus à l'admission de la légitime dans ces pays, commentant l'ancienne coutume de Paris, qui était muette sur cette institution, l'introduit parmi les dispositions qu'il explique, en expose les règles d'après le droit romain et applique la Nouvelle XVIII ou plutôt l'*Authentique Novissima* pour déterminer la quotité de la légitime. On peut conclure, ce me semble, que la légitime devait son origine aux lois ro-

<sup>1</sup> Cout. de Bourgogne (1459), art. 3 et 7. — Voy. aussi : cout. de Dreux (1508), art. 76 et 81. — Cout. de Chartes (1508), art. 88 et 91. — Cout. d'Orléans (1509), art. 216.



maines. Il ne faudrait pas croire, cependant, que les règles de la légitime des pays coutumiers, furent exactement les mêmes que celles de la légitime romaine : en pénétrant dans le Nord de la France, elle reçut des modifications résultant de l'effort constant de la jurisprudence et des auteurs, pour combiner les principaux traits de son caractère originaire avec les principes du droit coutumier. Ce sont ces modifications que je me propose d'étudier.

24. — Introduite, dans la jurisprudence d'abord, par ses jurisconsultes, la légitime entra ensuite, toujours grâce à eux, dans les coutumes mêmes. Cette réforme se fit au xvi<sup>e</sup> siècle. Du reste toutes les coutumes ne l'avaient pas, même après leur réformation, consacrée d'une façon bien précise : les unes comme la coutume de Paris, d'Orléans, de Bourgogne, l'organisaient formellement et en déterminaient la quotité<sup>1</sup>; d'autres, comme la coutume de Valois, de Reims, de Berry, de Montdidier, de Sens, d'Auxerre, du Poitou, de Melun, de Clermont en Beauvoisis, d'Auvergne, posaient seulement le principe d'une légitime, mais n'en fixaient point la quotité<sup>2</sup>; dans d'autres encore, comme celles de Laon, de Verdun, de Châlons nous ne trouvons pas le mot *légitime*, mais elles accordent la *querela d'inofficiosité* et se réfèrent explicitement à la *raison écrite*<sup>3</sup>:

<sup>1</sup> Cout. de Paris, art. 298. — Cout. d'Orléans art. 274. — Cout. de Bourgogne, VII, 7.

<sup>2</sup> Cout. de Valois, art. 133. — Cout. de Reims, art. 232. — Cout. de Berry, VII, 10. — Cout. de Montdidier, art. 107. — Cout. de Sens, art. 89. — Cout. d'Auxerre, art. 218. — Cout. de Poitou, art. 215 et 218. — Cout. de Melun, art. 232. — Cout. de Clermont, art. 129. — Cout. d'Auvergne, ch. XII, art. 14.

<sup>3</sup> Cout. de Laon, art. 51. — Cout. de Verdun, tit. V, art. 1. — Cout.

quelques-unes n'admettaient pas formellement la légitime mais elles augmentaient la réserve coutumière en faveur des enfants; enfin certaines coutumes, comme celles de Cambrai, de Boulenois, de Lille, d'Artois, de Lorraine, n'accordaient aucun recours subsidiaire aux enfants en cas d'insuffisance des propres<sup>1</sup>. Dans ces coutumes l'admission de la légitime fut toute entière l'œuvre de la jurisprudence.

La coutume de Normandie avait suppléé à l'absence de toute légitime, en assurant aux enfants le tiers de certains biens de leurs parents : c'est ce qu'on désigne sous le nom de *tiers coutumier de Normandie*.

L'art. 298 de la coutume de Paris était ainsi conçu :  
 « La légitime est la moitié de telle part et portion que  
 « chacun enfant eust eu, en la succession dedits père  
 « et mère, ayeul ou ayeule ou autres ascendans, si les-  
 « dits père et mère ou autres ascendans, n'eussent dis-  
 « posé par donations entre vifs, ou dernière volonté :  
 « sur le tout déduit les dettes et frais funéraires.

**25.** — Quelle était la nature de la légitime? Était-elle *pars bonorum* ou bien *pars hereditatis*, une quote part des biens due aux enfants en leur qualité d'enfants ou en leur qualité d'héritiers? en d'autres termes, le légitimaire pouvait-il réclamer la légitime sans se porter héritier, ou fallait-il nécessairement qu'il eût ce titre, qu'il fût, de droit et de fait, héritier? La question était très importante, et pour n'indiquer que deux de ses inté-

de Châlons, art. 63. «.... sauf toutesfois aux dits enfans de pouvoir débattre telle donation par *querelle d'inofficiosité, selon raison écrite.* » Voy. Richebourg *op. cit.* t. II, p. 459.

<sup>1</sup> Voy. sur ce point Merlin *v° Légitime* sect. I, n° III, V et suiv.  
 — Boissonade, *Histoire de la réserve héréditaire* p. 274 et 275.

rêts : 1° Si elle était *pars bonorum*, les enfants avaient le droit de la réclamer, alors même qu'ils renonçaient à la succession. 2° Si les légitimaires pouvaient obtenir la légitime sans se porter héritiers, le montant des valeurs provenant de la réduction opérée sur les donations entre vifs, se trouvaient à l'abri du droit des créanciers du défunt ; au contraire si elle était *pars hereditatis*, ces biens avaient un caractère héréditaire, et formaient, par conséquent, leur gage. La question ne présentait pas de difficulté dans certaines coutumes qui s'expliquaient formellement à cet égard : ainsi la coutume de Chartres et de Montargis exigeaient expressément que l'on fût héritier pour prétendre à la légitime. L'art. 10 de la coutume de Montargis portait : « Si la donation est immense ou excessive, les enfants héritiers du donateur le peuvent quereller selon disposition du droit<sup>1</sup>. » Au contraire en Bourgogne et en Normandie, on admettait le principe opposé. La coutume de Bourgogne décidait en effet que « l'on ne peut exhériter ses vrai héritiers, l'on ne leur délaisse leur légitime, qu'est par coustume réportée la tierce partie des biens du trépassé, sans charge de légats, fraiz funéraires et des donations faites en dernière volonté, sinon pour aucune des causes d'exhérédation déclarées en droit<sup>2</sup>. D'après la coutume de Normandie, non-seulement il n'était pas nécessaire de se porter héritier, mais il fallait même avoir renoncé à la succession pour pouvoir réclamer le tiers coutumier qui y tenait lieu de légitime : « et ne pourront les enfans accepter ledit tiers, si tous ensemble ne renoncent à la succession pater-

<sup>1</sup> Chp. XI, *des donations faites entre vifs*. Voy. Richebourg, t. III p. 846.

<sup>2</sup> Chp. VII, *Des successions*, art. 2. Richebourg, t. II, p. 1175.

nelle et rapportent toutes donations et autres avantages qu'ils pourraient avoir eu lieu<sup>1</sup>. » Mais en dehors de ces cas exceptionnels que fallait-il décider ? La question était vivement controversée ; aussi Lebrun s'écriait-il : « Fameuse question sur laquelle on discute tant au Palais. »

Un certain nombre de jurisconsultes, parmi lesquels Guillaume de la Champagne, Berroyer et plus tard Merlin soutenaient que dans le droit coutumier, la légitime avait le caractère d'une *pars bonorum* ; et voici les arguments sur lesquels ils se fondaient :

1° L'enfant donataire, tout en renonçant à la succession, et par conséquent, sans le titre d'héritier, peut, aux termes de l'art. 307 de la coutume de Paris, retenir sa légitime. Si ce titre est inutile à l'enfant donataire, il doit l'être également au légitimaire non donataire, et si celui-ci a besoin d'être héritier pour prendre sa légitime, l'on ne voit pas de raison qui puisse exempter le fils donataire de l'être. Il faut qu'ils soient héritiers l'un et l'autre, ou ne le soient ni l'un, ni l'autre.

2° La fille qui renonce, par son contrat de mariage, aux successions futures de son père et de sa mère, perd à tel point la qualité d'héritière, qu'elle ne peut pas se faire relever de sa renonciation ; néanmoins plusieurs coutumes lui donnent expressément l'action en supplément de la légitime.

3° Le fondement de la légitime se trouve ailleurs que dans l'idée d'un droit héréditaire. La raison d'être de cette institution n'est point dans une copropriété de famille ; elle se réfère plutôt à l'idée d'une dette largement

<sup>1</sup> Art. 431. Richebourg, t. IV, p. 80.

entendue ; dès lors le titre d'héritier n'est pas nécessaire.

4° Supposons que de son vivant, le défunt ait fait des libéralités considérables, à la suite desquelles il a contracté des dettes énormes, de sorte que son passif absorbe tout l'actif. Grâce à la légitime, le successible pourra recourir contre les donataires et faire ainsi rentrer une masse importante de biens ; mais si c'est en qualité d'héritier qu'il invoque la légitime ; il sera exposé au recours de tous les créanciers, et la réduction des donations excessives opérée au vue du légitimaire, ne profitera réellement qu'aux créanciers, leur droit fût-il postérieur aux donations<sup>1</sup>.

Malgré ces raisons la majorité des anciens auteurs admettaient la doctrine contraire, suivant laquelle, il fallait se porter héritier pour prétendre à la légitime. Le premier qui la formula ce fut Dumoulin : *De jure differunt conferri hæredi cui communicatur et imputari in legitimam : sed apud nos hoc supervacuum est ; quia non habet legitimam nisi qui heres est, et non potest quis esse hæres habens meliorem conditionem, quocumque modo in linea directa, sed jus de computendo in legitimam potest considerari respectu filii legatis gravati, et sic tam respectu absentis quam cohæredis*. Sans doute dans ce passage, le jurisconsulte n'entreprend pas d'établir le caractère héréditaire de la légitime, mais il fait mieux, parce qu'il le suppose universellement admis et s'appuie sur ce principe pour soutenir que dans le droit coutumier, il n'y a pas lieu de distinguer entre l'imputation sur la légitime et le rapport.

<sup>1</sup> Guillaume de la Champagne : *Traitez de la légitime, de la représentation et des secondes noces*. Paris 1720, chp. XXII, p. 483.



Suivant certains interprètes, Dumoulin, touché des conséquences rigoureuses de cette doctrine, l'aurait ultérieurement rejetée. En effet, dans certains passages de ses ouvrages, il semble bien distinguer la légitime, de la part héréditaire et admettre que l'on puisse être exclu de celle-ci, tout en recueillant l'autre. Ainsi dans les *Consilia* 29, 2, il dit « *et exclusus ab hereditate vel bonis, sive testamentoparentis, excepto casu justæ exheredationis, sive propria renunciatione, non est exclusus a legitima vel ejus supplemento* L: si quando § et gen Cod. de Inof. test. » et dans sa consultation 35. N° 16 il est encore plus explicite : « *Sed hoc non obstante, dicendum has nepotes posse abstinere ab hereditate et solum legitimam vel ejus supplementum petere : quod enim jure novissimo novellarum cautum est.* » Aussi Merlin cite-il Dumoulin parmi les partisans de son système. — Mais il est fort peu probable qu'il eût abandonné une opinion qui fut celle de presque tous les jurisconsultes coutumiers. Mais alors comment la concilier avec lui-même ? Deux explications ont été proposées sur ce point. La première est donnée par Ricard et consiste à dire que Dumoulin dans ses *Consilia* 22. 2 et 35. N° 16 suppose que le patrimoine du défunt a été épuisé par des donations entre vifs, et qu'il fait, dans ce cas, exception au principe suivant lequel il est nécessaire d'être héritier pour réclamer la légitime, afin d'éviter les conséquences fâcheuses qui résulteraient pour le légitimaire de cette qualité <sup>1</sup>. M. Lagrange en donne la même explication <sup>2</sup>. La seconde

<sup>1</sup> Ricard. *Traité des donations entre-vifs*, III partie, chp. VIII, sect. V, n° 982.

<sup>2</sup> Voyez la *Revue de droit français et étranger*. Année 1844, t. I, p. 112.

conciliation a été présentée par M. Ginoulhiac dans son étude instituée : *Dumoulin et la jurisprudence sur la nature de la légitime ou réserve*. Le savant auteur fait remarquer que le *Conseil* 35 N° 16 contient cette phrase : *quod enim jure novissimo novellarum cautum est*, ce qui prouve que Dumoulin raisonnait alors d'après les principes du droit romain, que le passage précité avait trait à la législation des provinces de droit écrit, tandis que dans celui où il traite du rapport, il appliquait le droit contumier, car *In Gallia... apud nos*, disait-il. Et j'ajoute à l'appui de cette manière de voir que dans le *Conseil* 29, il est question d'un testament nul pour vice de forme, de prétérition ; ce qui démontre invinciblement qu'il ne s'agit point d'une espèce régie par les coutumes <sup>1</sup>.

Parmi les anciens auteurs qui adoptèrent l'opinion de Dumoulin, je citerai Guy Coquille <sup>2</sup>, Bourjon <sup>3</sup>, Lebrun <sup>4</sup>, Ricard <sup>5</sup>, Argou <sup>6</sup>, Pothier <sup>7</sup>. Voici le raisonne-

<sup>1</sup> Cette Etude se trouve dans la *Revue de droit français et étranger*. Année 1845, t. II, p. 452.

<sup>2</sup> Guy Coquille : *Coutume de Nivernais* chp. XXVII, *Des donations* Art. 7 : « La légitime ne peut être demandée par l'enfant qui simplement répudie l'hérédité de son père. »

<sup>3</sup> Bourjon : *Droit commun de la France* : Succ. II, partie, ch. X, sect. VII, § 1, n° 52. « Dans la thèse générale, il faut être héritier de celui sur la succession duquel on prend une légitime : c'est portion héréditaire affaiblie par les dispositions de l'homme que la qualité d'héritier doit fonder.

<sup>4</sup> Lebrun. *Des Successions*, liv. II, chp. III, sect. I : « Je suis fortement persuadé que la légitime est une portion de la succession ab intestat qui a dû être laissée au légitimaire *quarta legitimæ partis* et non une quotité dans les biens ». N° 9 et suiv.

<sup>5</sup> Ricard. *Tr. des Donat.* 3 part. ch. VIII, sect. V, n° 978. « La renonciation que font les enfants à la succession de leur père emporte de soi l'exclusion de la légitime ; car comme elle ne peut s'acquérir

ment qu'ils faisaient : d'une part les pays de coutumes n'admettaient pas l'institution d'héritier par la volonté de l'homme, mais donnaient la saisine à l'héritier légitime : celui-ci de plein droit avait la propriété et la possession de la succession en vertu de la règle coutumière : *le mort saisit le vif son hoir le plus proche habile à succéder* ; cependant il avait le droit de répudier la succession en vertu de cette autre règle : *n'est héritier qui ne veut*. D'une autre part, le testateur ne jouissait pas de la faculté de disposer de la totalité de sa succession ; il ne pouvait en disposer que dans une certaine mesure, d'où la conséquence que la légitime n'était autre chose que la succession elle-même diminuée seulement de la portion dont la coutume avait autorisé le défunt à disposer à titre gratuit, et que pour pouvoir

que par la querelle d'inofficiofité et par une plainte que forment les enfants contre leur père qui les a privés de ses biens, par des dispositions immorales, qu'il en a faites, il est nécessaire qu'ils aient la qualité d'héritiers pour intenter cette action, attendu que les biens du père ne pouvant passer en leur personne qu'à titre de succession, ce serait sans fondement, s'ils se plaignaient de ce qui a été fait par leur père, si par la renonciation qu'ils feraient à la succession, ils se rendaient eux-mêmes incapables de participer à ses biens ».

<sup>5</sup> Argou. *Institutions au droit français*. Liv. II, ch. XIII, p. 346. « Il faut que les enfants se portent héritiers de leur père ou de leur mère pour pouvoir prétendre la légitime dans leur succession.

<sup>7</sup> Pothier. *Donat. entre-vifs*. Sect III, art. V. « La légitime est une portion de la part qu'il aurait eue dans les biens de ses père, mère ou autres ascendants, s'ils n'avaient pas disposé par des donations entre vifs ou testamentaires. Il en résulte de la définition que nous venons de donner de la légitime, qu'elle n'est due qu'aux enfants qui sont habiles à succéder et qui n'ont pas été exhérédés pour quelque cause légitime. — Voyez dans le même sens : de Ferrière : *Dictionnaire de pratique*. Toulouse 1779, t. II, V<sup>o</sup> *Légitime* p. 124, 2<sup>e</sup> col. *in medio*. Voy. aussi le même auteur sur la coutume de Paris. Glosse III, n<sup>o</sup> 3 et 4, p. 325, (éd. 1714).

la réclamer, il fallait avoir la même qualité que pour prétendre à la succession elle-même, c'est-à-dire se porter héritier. On ajoutait que pour traduire en droit l'*officium pietatis* il fallait un titre juridique, que dès lors on se trouvait dans la nécessité de choisir entre le titre d'enfant, de créancier, ou de propriétaire : or, la qualité d'enfant peut bien être le motif d'un droit mais non un titre juridique ; celui de créancier ne paraissait pas possible, car c'eût été faire concourir l'enfant avec les autres créanciers du défunt ; d'ailleurs il ne se conciliait pas avec la saisine que l'on reconnaissait au légitimaire. Restait le titre de propriétaire, qui seul pouvait convenir. L'enfant était donc propriétaire de sa part légitimaire, qu'il recueillait par le *canal de l'hérédité*. Quant à l'argument que l'on tirait de l'art. 307 de la coutume de Paris, on répondait que si l'on obligeait l'enfant à se porter héritier c'était pour lui donner un titre ; or, celui qui renonce pour s'en tenir à son don, n'a pas besoin de ce titre, puisqu'il en a un autre qui est sa donation<sup>1</sup>.

26. — Cette doctrine entraînait plusieurs conséquences : 1° Le légitimaire était saisi de plein droit des objets composant sa légitime. « L'enfant, dit Pothier, est censé saisi de plein droit de sa légitime dès l'instant du décès de son père ou autre ascendant qui a droit<sup>2</sup>. » Merlin s'efforce en vain de démontrer le contraire et de prouver que l'enfant n'avait pas la saisine légale de la légitime. Il se fonde sur la coutume de

<sup>1</sup> La jurisprudence se prononçait en ce sens : voyez arrêt de Saint Vaast, du 3 décembre 1642.

<sup>2</sup> Pothier. *Coutume d'Orléans*. Introd. au tit. XVI, sect. V, § 1, n° 69. Lebrun *Successions* liv. II, ch. III, sect. I, n° 14.

Bourgogne. Mais la Bourgogne était un pays de droit écrit. Bretonnier<sup>1</sup>, passant en revue la jurisprudence des Parlements sur l'interprétation de la Nouvelle CXV nous apprend que le Parlement de Dijon jugeait que la légitime devait être laissée à titre d'institution d'héritier, or le droit coutumier ne connaissait pas l'institution d'héritier. Merlin invoque, en outre, l'opinion du président Favre, pour soutenir que la possession légale ou coutumière, qui passe de plein droit de la personne du défunt dans celle de l'héritier du sang, n'a point lieu en faveur de l'enfant réduit à sa légitime. Mais le président Favre, qui traite dans son Code<sup>2</sup>, plusieurs matières en usage dans le ressort de la Bourgogne, et sans autorité dans le droit coutumier où existaient les principes : *le mort saisit le vif* et *l'institution d'héritier n'a lieu*. Le savant magistrat s'appuie enfin sur les dispositions de certaines coutumes : « La coutume de Berry, dit-il, n'est pas moins formelle sur cette matière. Après avoir établi, tit 19. art. 33, que les enfants qui ont renoncé par contrat de mariage aux successions futures de leur père et de leur mère, ne se pourront dire après le décès du père ou de la mère *saisis d'aucune part de leur succession*, elle ajoute, art. 34 du même titre : « Toutefois, si par ledit contrat de donation à eux faite, ils n'ont eu leur entière légitime, ayant regard au temps de la mort du père ou de la mère, ils pourront agir et demander supplément d'icelle. » En général dans les coutumes, la fille qui renonçait par contrat de mariage à la succession de ses parents, renonçait égale-

<sup>1</sup> Bretonnier. *Questions de droit*, préf. t. I, p. LXVIII, éd. de Boucher d'Argio.

<sup>2</sup> Code de inof. test. def. 4.



ment à la légitime ; Merlin, lui-même, reconnaît ce point. Les coutumes de Berry, de Nivernais, de Senlis dérogeaient à ce droit : en vue de favoriser les filles renonçantes, elles voulaient que celles-ci eussent au moins leur légitime. On ne peut conclure de là quelque chose contre le principe général de la saisine ; ce serait conclure du particulier au général. Coquille, le commentateur de la coutume de Nivernais, enseignait, que la légitime était une portion de l'hérédité. En admettant que les filles renonçantes eussent une action pour leur légitime, sans être héritière, il ne s'en suivrait nullement que dans le cas où il n'y avait pas renonciation, les légitimaires n'eussent pas la saisine légale<sup>1</sup>. 2° De l'instant du décès le légitimaire avait droit aux fruits<sup>2</sup> et aux intérêts des sommes d'argent. 3° Il ne pouvait pas réclamer la légitime, s'il ne se portait héritier. 4° Il pouvait exiger en nature les biens sur lesquels elle portait. Si l'on suppose que l'héritage qui faisait l'objet d'une donation prise sur la légitime, avait été aliéné par le donataire, le légitimaire avait le droit de revendiquer le bien aliéné entre les mains du tiers détenteur, directement et sans avoir besoin d'attaquer préalablement le donataire. La raison nous en est donnée par Lebrun : « car il a un droit réel sur l'héritage, qui lui appartient pour partie, la légitime étant quota hæreditatis, et la part se faisant au légitimaire par voie de partage et par jets de lots, ni plus, ni moins à proportion que s'il était héritier. 5° L'enfant avait, en sa qualité de légitimaire, tous les avantages attachés à la qualité d'héritier : « outre l'honneur, disait Guy Coquille, qui

<sup>1</sup> Merlin. *Répertoire* v<sup>o</sup> *Légitime* Sect. I, § I.

<sup>2</sup> Ricard. *Tr. des donat.* III, part. ch. VIII, sect. XIII, n<sup>o</sup> 63.

y est, le profit y est à cause du droit d'accroissement et des remèdes et provisions possessoirs introduits par nos coutumes en faveur des héritiers <sup>1</sup>. 6° Les biens que l'enfant obtenait, pour remplir sa légitime, par l'action en retranchement contre les donataires, devenaient le gage des créanciers du défunt.

27. — Cette dernière conséquence était des plus fâcheuses. En effet la légitime n'avait été établie qu'en faveur des descendants et en réalité, elle profitait, en certains cas, aux créanciers de la succession. C'est à raison de ce résultat que les partisans du système, suivant lequel il n'était pas nécessaire de porter héritier pour réclamer la légitime, prétendaient que Dumoulin avait changé d'opinion à ce sujet. J'ai dit plus haut que cela ne me paraissait pas exact que le jurisconsulte avait accepté toutes les conséquences et j'ai donné l'explication des textes de Dumoulin qui, au premier abord paraissaient favorables à un changement d'avis. Aussi les jurisconsultes, qui voyaient dans la légitime une *pars hereditatis* cherchèrent-ils différents moyens, différents expédients pour remédier à cet inconvénient. Guy Coquille voulait que « les enfants pussent se dire héritiers, non pas simplement, mais héritiers seulement en leur légitime, afin que se disant héritiers simples, il ne soient pas encombrés des charges héréditaires outre la portée de l'hérédité, de sorte que ses autres biens y soient mêlés, ils pourront se dire héritiers en leur légitime même, parce que selon le droit des Nouvelles, la légitime doit être accompagnée du titre et honneur d'héritier »<sup>2</sup>. Mais cette so-

<sup>1</sup> Guy Coquille. *Questions et rép.* n° 63.

<sup>2</sup> Guy Coquille. *Sur la coutume de Nivernais* tit. des donat. art. 7.

lution n'en est pas une : d'abord elle était contraire au principe suivant lequel un successible ne peut, pour partir, accepter la succession : ensuite, le légitimaire étant héritier, quant à sa légitime, il eût répondu des dettes héréditaires jusqu'à concurrence de son montant et l'inconvénient que Guy Coquille se proposait d'écarter, persistait dans toute sa force. — Ricard proposait comme remède, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire : « Un inconvénient si notable, dit-il, mérite bien que l'on cherche un remède à ce mal, pour tirer de pauvres enfants de deux extrêmes, qui les empêchent de recouvrer cette dernière table de naufrage, ne pouvant pas d'un côté demander leur légitime, sans prétendre à la qualité d'héritiers, et ne pouvant pas d'un autre se dire héritiers qu'ils ne se rendent incontinent sujets aux dettes, en quoi il se découvre une injustice, que tous ceux qui aiment l'équité voudraient bien surmonter.... Je dis donc un enfant, qui d'un côté a dessein de retrancher par le bénéfice de la légitime les donations entre vifs qui ont été faites par son père et qui d'autre part appréhende d'être tenu des dettes en prenant la qualité d'héritier, auxquelles les biens contenus en la donation ne sont sujets, doit accepter la succession *par bénéfice d'inventaire* »<sup>1</sup>. Suivant lui tous les intérêts sont sauvegardés : le légitimaire accepte la succession, il est donc héritier, il peut par conséquent réclamer sa légitime ; d'autre part par suite du bénéfice d'inventaire les créanciers réduits aux biens qui formaient leur gage du vivant de leur débiteur, ne peuvent élever aucune prétention sur le produit de l'action en retranchement des

<sup>1</sup> Ricard *op. cit.* 3 part. ch. VIII. sect. V, n° 981 et 983.

donations qui leur sont opposables. Seulement, plus loin Ricard ajoute « par ce moyen il n'y a point de difficulté, qu'il aura droit d'exercer sa légitime, de la même sorte que s'il s'était porté héritier purement et simplement, et lorsqu'il aura joui du privilège que lui a donné sa qualité, il pourra renoncer à son bénéfice d'inventaire et à la succession, et en se faisant, il reprendra franchement et quittement le retranchement qu'il a fait faire des donations entre vifs, en vertu de la légitime »<sup>1</sup>. Au premier abord il semble bien résulter de ce passage que suivant Ricard le bénéfice d'inventaire seul ne suffisait pas pour soustraire le légitimaire à l'action des créanciers héréditaires et que celui-ci devait ensuite renoncer à la succession. Mais il n'en est rien, s'il parle de renonciation à la succession, c'est qu'il avait en vue en même temps, le douaire, lequel en effet, ne peut être réclaté sans renoncer à la succession. Et la preuve que Ricard n'exigeait pas du légitimaire la renonciation à la succession, postérieurement à l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, afin qu'il fût à l'abri des poursuites des créanciers, se tire de la suite du passage que je viens de transcrire : « Je dis même davantage, continue Ricard, que l'héritier, par bénéfice d'inventaire peut en ce cas *retenir sa qualité*, sans engager dans les dettes du défunt, la portion qu'il a retranchée des donations entre vifs qui n'y étaient pas sujettes ». Mais une objection se présente naturellement à l'esprit contre le système de Ricard : le bénéfice d'inventaire empêche la confusion des patrimoines que produit l'acceptation pure et simple, il isole le patrimoine du défunt, de celui de l'héritier, bien qu'ils appartiennent désor-

<sup>1</sup> Ricard *op. cit. et loc. cit.* n° 984.

mais à un même propriétaire. L'héritier bénéficiaire n'est tenu du paiement des dettes que dans la mesure de son émolument, jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il recueille, mais tout cet émolument est affecté à l'acquittement des dettes héréditaires. Or le légitaire en faisant réduire ou révoquer les donations entre vifs, agit en qualité d'héritier, puisqu'il ne peut réclamer la légitime qu'à ce titre ; donc les biens ainsi retranchés font partie de l'émolument héréditaire et deviennent, comme biens de la succession, le gage des créanciers du défunt ! Nous verrons dans un instant comment Pothier répondait victorieusement à cette objection. — Lebrun paraît bien s'être mépris sur la portée de la renonciation dont parle Ricard. Il la croit essentielle à ce système ; aussi n'admet-il le moyen proposé par Ricard, que dans le cas où il n'y a point de biens extants ; au contraire il le rejette lorsqu'il existe des biens de quelque valeur dans la succession : « En ce cas, dit-il, le légitaire qui est obligé de se dire héritier, ne pourra les laisser et les abandonner aux créanciers, pour s'attacher seulement au retranchement des donations ; en effet, celui qui est une fois héritier, le doit être de tout ce qui lui est déferé par la loi, dont il ne peut pas accepter une partie, en renonçant à l'autre. Ainsi il faudra qu'il reste héritier, ou sa renonciation à la succession, quoiqu'il l'ait acceptée auparavant sous bénéfice d'inventaire, le privera non seulement des biens extants, mais encore du profit qu'il espérait tirer du retranchement de ces donations » <sup>1</sup>. Bourjon adhérerait également à la doctrine de Ricard <sup>2</sup>. Enfin Pothier, qui l'adopte aussi, l'appuie d'un argument qui enlève toute sa force à l'objection

<sup>1</sup> Lebrun. *Succ.* liv. II, ch. III, sect. I, n° 29.

<sup>2</sup> Bourjon. *Droit commun de la France. Successions*, II part. ch. X. Sect. VII § I. N° 57 et 58.



de tout à l'heure. Il dit qu'on ne peut prétendre que les biens provenant de la réduction des donations excessives, fassent partie de la succession, puisque le défunt s'en est dessaisi de son vivant et qu'il n'aurait jamais pu rien recouvrer. L'héritier recouvre donc ces biens par un moyen personnel, qu'il n'emprunte pas au *de cujus*, mais qu'il tient de la loi. Voici comment il s'exprime : « On peut dire que ces choses retranchées ne sont pas de la succession, puisque le donateur s'en était dessaisi de son vivant ; qu'encore bien que le droit qu'a l'héritier d'obtenir ce retranchement, fut attaché à sa qualité d'héritiers, néanmoins ce n'est pas un droit qu'il tienne du défunt et auquel il ait succédé, puisque le défunt ne l'a jamais eu ; il ne le tient donc pas du défunt ni de la loi. Ces choses retranchées ne font donc pas partie de la succession <sup>1</sup> ». — Suivant un annotateur de Lebrun, il s'était formé au Palais une dernière opinion, considérée comme le dénouement de la question, qui autorisait le légitimaire à s'adresser directement aux donataires, lorsque, quoiqu'il existât des biens dans la succession, ils se trouvaient absorbés par les dettes, sans qu'il fût ensuite exposé aux poursuites des créanciers héréditaires<sup>2</sup>.

28. — L'enfant, pouvait-il, sans se porter héritier, retenir, par voie d'exception, la légitime, lorsqu'il s'en trouvait nanti comme donataire entre vifs ? Il semble bien que non, car du moment que la légitime était une portion de l'hérédité, le successible qui y renonçait, n'avait plus le titre nécessaire pour la conserver. Ce-

<sup>1</sup> Bourjon. *Droit commun de la France*. Successions, II, part. ch. X, sect. VIII, § II, n° 57 et 58.

<sup>2</sup> Pothier. *Traité des donations entre vifs*. sect. III, art. VI, § III, *in fine* p. 223, de l'édition in 12°. Orléans et Paris. 1778.

pendant la solution affirmative fut admise par tous les jurisconsultes, qui cette fois, d'un commun accord, reconnaissaient à l'enfant renonçant le droit d'imputer sur sa légitime la donation entre vifs dont il avait été gratifiée. « Tous conviennent, dit Pothier, que s'il est nécessaire d'être héritier pour demander la légitime par voie d'action, il n'est pas nécessaire pour la retenir par voie d'exception. » Mais le renonçant qui retenait sa légitime, était-il autorisé à retenir, en outre, la quotité disponible, dans le cas où la donation dépassait sa légitime ? A cet égard les coutumes se divisaient en trois classes : *coutumes d'égalité parfaite*, *coutumes de préciput*, *coutumes d'égalité en partage*. Les premières, dans le but de conserver l'égalité entre personnes appelées à la même succession, considéraient la qualité de donataire comme incompatible avec celle de successible ; il y était permis de disposer en faveur d'un étranger, mais il était défendu de modifier la distribution des biens établie par la coutume entre les successibles *ab intestat*. Aussi, tout don fait à un héritier, était-il réputé fait en *avancement d'hoirie* et cet héritier devait-il le rapporter à la succession, même quand il y renonçait. L'enfant renonçant ne pouvait donc, rien retenir au-delà de sa légitime, sur les biens qui lui avaient été donnés<sup>1</sup>. — Les coutumes, dites de *preciput*, imitées du dernier état du droit romain, permettaient au père de dispenser du rapport ou de donner expressément par préciput, de manière à ce que l'enfant avancé gardât son don et partageât la succession sans rapporter.

<sup>1</sup> Cout. d'Anjou, art. 260 et 334. — Cout. du Maine, art. 346 ; — Cout. de Touraine, art. 309. — Cout. du Dunois, art. 64. — Cout. de Ludonais, ch. XXIX, art. 12.

Ici, l'enfant, qu'il acceptât ou non la succession, pouvait retenir la donation jusqu'à concurrence de sa légitime et du disponible cumulés<sup>1</sup>. — La troisième classe de coutumes, connues sous le nom de *coutumes d'égalité en partage* ou *d'égalité simple* ou *d'option*, exigeaient l'égalité absolue entre les cohéritiers, mais autorisaient l'enfant à conserver, en renonçant à la succession, l'avantage qui lui avait été fait, de sorte que celui-ci devait opter entre sa donation et la succession du donateur. Ici encore le donataire qui renonçait à la succession du donateur imputait la donation, non seulement sur sa légitime, mais encore sur le disponible jusqu'à son épuisement. Dans ces deux dernières classes de coutumes, l'enfant, donataire entre vifs, se procurait donc, en renonçant une position plus favorable que celle des autres enfants. Il cumulait ainsi les avantages de la qualité d'enfant et de celle d'étranger.

29. — Cette théorie du cumul ne s'établit que difficilement, ayant trouvé dans Dumoulin un puissant adversaire. En effet, elle pouvait dans certains cas être absolument contraire à la volonté du père de famille, lorsqu'il n'avait voulu faire d'autre avantage au donataire que celui d'une jouissance immédiate. Dumoulin ne pouvait s'expliquer que l'enfant pût ainsi, par sa seule volonté, transformer en un avantage précipitaire, une donation que son père lui avait faite comme futur héritier. Voici sa doctrine sur ce point : il déclare que toute donation faite par le père ou la mère à l'un de ses enfants, est réputée faite *en avancement d'hoirie* qu'il définit en ces termes : « *quoniam ad præsim est quando pa-*

<sup>1</sup> Cout. de Nivernois, ch. XXVII, art. 41. — Cout. de Berry, tit. XIX, art. 42. — Cout. de Bourbonnais, art. 368.

*ter (et idem de quo libet ascendente respectu descendents immediate successuri) dat aliquid filio tanquam futuro successori, hac contemplatione quod speratur hæres, et in accelerationem commodi futuræ successionis*<sup>1</sup>. » En déclarant succession anticipée la donation faite au descendant successible, on écartait l'application des règles qui pesaient sur les donations simples, c'est-à-dire le paiement du relief, pour appliquer celles des successions, qui en vertu de la saisine, étaient dispensées de toutes charges<sup>2</sup>. Dumoulin distinguait, en outre, deux espèces de donations en avancement d'hoirie : celles qui n'étaient telles qu'en vertu de la présomption légale, et celles qui avaient été faites expressément en avancement d'hoirie. Quand l'avancement était exprimé dans la donation, non seulement les droits n'étaient pas dus, mais si dans la suite le fils ne voulait pas se porter héritier, (*quia dicta causa expressa, si postea filius donatarius non velit esse hæres, resolvitur donatio tanquam causa finali non secuta*) la donation se trouvait résolue faute d'accomplissement de la clause, et la chose donnée, retournait à la masse de la succession, au profit même des collatéraux les plus éloignés et pour l'avantage des créanciers, sauf à eux, à défaut d'héritiers acceptants, à faire nommer un curateur aux biens ou à la succession vacante. *Et res reverteretur ad corpus successionis ad commodum quorumcumque, etiam remotiorum et collateralium hæredum vel etiam ad commodum creditorum, qui forte nullo se gerente pro hærede facienti deputari curatorem*

<sup>1</sup> Sur l'art. 17, de l'ancienne coutume de Paris.

<sup>2</sup> L'art. 159, de l'ancienne coutume de Paris décidait aussi que toute donation faite à un successible, était réputée faite en avancement d'hoirie.

*bonis, seu hæreditati jacenti.* Donc dans le cas d'une donation expressément faite en avancement d'hoirie, il n'était pas permis au fils de s'en tenir à son don, en s'abstenant de la succession : il lui fallait absolument venir à partage ou restituer la chose donnée. Seulement il aura fait siens les fruits perçus pendant la vie du donateur. *Non licet hoc casu filii se tenere ad donationem sibi factam, abstinendo a successione : sed necesse habet vel adire vel rem donatam restituere, et solum lucratur fructus perceptos durante vita patris donatoris*<sup>1</sup>. Mais Dumoulin permettait-il, dans ce cas à l'enfant, de retenir au moins sa légitime sur la donation ? MM. Ginoulhiac et Vernet ne le pensent pas. « Dans ce même cas, dit le premier, le donataire ne peut retenir les biens donnés en renonçant à la succession du donateur : il faut qu'il accepte et rapporte ou rende purement et simplement tout ce qu'il a reçu, sans en excepter même sa légitime<sup>2</sup>. » Mais il me semble que ces auteurs n'ont pas tenu compte d'un autre passage de Dumoulin, où il dit : « *ergo sequitur quod donatio expressim facta in anticipationem fratri, semper potest revocari, prout potest in testamento aliter disponere et etiam pater salva legitima. Quod si non admittamus ut non potest revocari, nec in testamento diminui, sequitur quod etiam causa expressa non erat finalis, nec tenebatur esse hæres nisi velit*<sup>3</sup>. » Il paraît bien résulter des mots *salva legitima* que l'enfant donataire qui renonçait avait le droit de retenir sa légitime sur la

<sup>1</sup> Sur l'art. 17, de l'ancienne coutume de Paris, p. 368, t. I, col 1<sup>o</sup> in medio édition de 1684.

<sup>2</sup> Ginoulhiac. *op. cit.* p. 457, de la *Revue de droit français et étranger*, t. I, 1844. — Vernet. *Tr. de la quotité disponible*, p. 237.

<sup>3</sup> § CLIX, n<sup>o</sup> 5, page 910.



donation. Et ce qui confirme cette interprétation, c'est que plus loin Dumoulin n'oblige l'enfant donataire, qui ne voulait pas venir à la succession qu'à rendre ce qui excédait sa part : *Quod si esset verum, esset limitandum rebus sic stantibus, secus enim donanti super viverent alii filii, ita quod donatario esset datum plus parte sua quia tunc omnino debet succedere, vel quod excedit partem, reddere, »* Tel est aussi l'avis de MM. Ragon et Boissonade<sup>1</sup>. Des passages que je viens de reproduire, il résulte un autre point important : c'est que Dumoulin admettait que la donation en avancement d'hoirie expresse, était révocable par le père dans son testament. Le jurisconsulte violait donc formellement la maxime : *donner et retenir ne vaut*. — Quand la donation ne portait pas mention d'avancement d'hoirie, l'enfant donataire avait l'option : ou d'accepter la succession, et alors, il devait faire rapport de la donation à ses cohéritiers, ou renoncer à l'hérédité et alors il pouvait retenir le don jusqu'à concurrence de sa légitime et du disponible cumulés. « *Si causa anticipationis non sit expressa, sed solum tacite insit et præsumatur, tunc si non est facta simplex concessio inter in peculium, de quo non loquimur, sed vera donatio, perpetua et irrevocabilis, forte mentione facta bene meritorum, sed in genere, pro stylo consulto et non in specie, et tunc liberum est filio, si velit, abstinere ab hereditate donatoris et dono suo se contentare, nec tenebitur ad aliqua onera hereditaria ut infra § 125; potest etiam, si velit succedere, sed conferendo, si habeat coheredes, ut tibi dicitur. »*

Je fais remarquer, qu'à la différence de la donation en avancement d'hoirie, la donation simplement présu-

<sup>1</sup> Ragon. *Théorie de la retention*, t. I, p. 143 et 144. — Boissonade. *Hist. de la réserve héred.* p. 284, note j.

mée en avancement d'hoirie était irrévocable <sup>1</sup>. Dumoulin admettait donc dans cette hypothèse le cumul, et il en fit l'application dans une espèce où deux enfants donataires de tous les biens de leur père, ayant renoncé à sa succession, un troisième enfant, qui n'avait rien reçu, se portait héritier et réclamait le tiers des biens. Le jurisconsulte décida que celui-ci n'aurait que sa part virile de la légitime qu'il lui serait due *ab intestat*, s'ils venaient tous de cette manière ; de sorte que les deux enfants donataires retenaient, outre leur légitime, tout le disponible <sup>2</sup>.

30. — Cette théorie de Dumoulin n'a point prévalu et avec juste raison : elle s'appuyait sur une distinction purement arbitraire, elle faisait dépendre l'effet de la libéralité d'un accident de rédaction, enfin elle violait la règle *donner et retenir ne vaut*. La jurisprudence ne l'admit pas : le Parlement de Paris infirma par un arrêt de 1543 un jugement qui avait refusé le droit de retention au donataire avec clause expresse d'anticipation et par un autre arrêt du 29 août 1581 il jugea que le fils

<sup>1</sup> Quant au droit de relief, il n'était pas dû au moment de la donation : si l'enfant donataire venait à la succession, la présomption d'un avancement d'hoirie se réalisait, et l'exemption du relief était définitivement acquise. Si au contraire, il renonçait à l'hérédité et retenait son don, le droit de relief devenait exigible, puisqu'alors l'enfant se trouvait dans la même situation qu'un étranger donataire, « *Et casu quo succedit confert, clarum est quod nulla jura debentur patrono, nec ex capite donationis, nec ex capite successionis, nec ex capite collationis : si vero abstineat, tum dico relevium debetur patrono* (§ 26, n° 4.) Mais sur l'art. 159. Dumoulin revient sur cette opinion et décide formellement que le droit de rachat ne doit être dû pas même en cas d'abstention, parce que ce droit est odieux, *quia odiosum est hoc jus* (§ 159, n° 9.)

<sup>2</sup> Dumoulin, § 124. n° 6.

pouvait s'en tenir aux avantages reçus en renonçant à la succession du donateur. Elle fut aussi rejetée par la coutume de Paris qui, dans son article 307, permet, d'une manière générale et sans faire de distinction, à l'enfant, de retenir son don, en s'abstenant de l'hérédité, jusqu'à concurrence de sa légitime et de la quotité disponible, la légitime réservée des autres. Et voici les termes de cet article : « *Neantmoins, où celui auquel on aurait donné se voudrait tenir à son don, faire le peut, en s'abstenant de l'hérédité ; la légitime réservée aux autres enfans.* <sup>1</sup>. » Laurière atteste que cet article a été écrit pour proscrire la doctrine de Dumoulin <sup>2</sup>. Aussi depuis la réformation de la coutume de Paris, le droit de cumuler la légitime et la quotité disponible ne fut-il plus contesté à l'enfant renonçant à la succession du donateur, son père ou sa mère. Écoutons à cet égard Ricard qui confirme tout ce que je viens de dire : « Cette résolution (qu'il faut se porter héritier) doit être limitée lorsque les enfans demandent leur légitime contre leur frère

<sup>1</sup> L'art. 273, de la coutume d'Orléans est ainsi conçu : « Sont telles donations censées et réputées en avancement d'hoirie et succession, pour raison desquelles donations ne sont deus aucuns profit de fief ou censuels ou autres droits seigneurieux par fils ou filles et autres descendants en droicte ligne, mariés ou à marier auxquels les dites choses seront données. Et lesquels enfans et autres descendants pourront revenir et retourner aux dites successions de leur père ou mère ayeul ou ayeule, en rapportant ce qui leur a été donné, ou moins prenant. Et se pourront iceux donataires tenir à la donation qui leur aura été faite en renonçant aux dites successions, parce que pere, mere ayeul, ou ayeule et autres ascendans, ne peuvent avancer l'un de leur enfans plus que l'autre, venans à leurs successions. »

<sup>2</sup> Laurière. *Textes des coutumes de la Prévôté et vicomté de Paris.* — Paris, 1777. — t. III. Sur l'art. 307. — p. 24. — Ferrière sur l'art. 307. *Cout. de Paris*, t. IV, n° 2.

donataire entre vifs ou testamentaire de leur père commun, car comme il est en possession, en vertu d'un titre juste de la part qu'il a droit de prétendre en la légitime, il la peut retenir par exception, sans qu'il soit tenu de changer de qualité pour cet effet, de sorte qu'il retiendra sa part en la qualité d'enfant, après que la légitime aura été levée pour tous les enfants en général, le surplus lui demeurera comme étranger en vertu de sa donation, et nous *usons de ce droit sans contredit*<sup>1</sup>. »

31. — Maintenant si au lieu d'une donation entre vifs, je suppose que l'enfant avait été qualifié d'un legs, la question qui s'élevait était celle de savoir, si l'enfant pouvait, en renonçant à la succession de son père ou de sa mère, imputer ce legs sur sa légitime, et retenir, dans le cas où il serait considérable, le surplus, sur la quotité disponible. Dumoulin ne lui reconnaissait pas ce droit, et sa décision concordait parfaitement avec les principes : en effet, d'une part le legs ne présentait jamais le caractère d'un avancement d'hoirie, d'autre part pour profiter d'une libéralité testamentaire, il fallait nécessairement renoncer à la succession du disposant, puisque telle était la disposition formelle de l'art. 300 de la coutume de Paris et « *aucun ne peut être héritier et légataire ensemble*. L'enfant ne se trouvant pas en possession de son legs devait le réclamer par voie d'action, or pour réclamer la légitime par voie d'action, il fallait se porter héritier ; l'enfant légataire se trouvait donc forcé, soit d'accepter la succession, et alors son legs s'évanouissait ; soit d'y renoncer, mais dans ce cas, étant considéré comme un étranger la li-

<sup>1</sup> Ricard, *op. cit.* chp. VIII, sect. V, n° 979. — Lebrun, liv. II, ch. III, sect. I, n° 29.

béralité s'imputait sur la quotité disponible. C'est ce que disait Dumoulin : « *Et vult quod per testamentum non potest fieri conditio unius melior altero. Ita quod si legetur uni heredum, si ille se gerat pro herede, legatum extinguitur ; sed si malit abstinere ab hereditate legatum remanebit validum, in quantum consuetudo permisit extraneo legari*<sup>1</sup>. » Mais ailleurs le juriconsulte en parlant des enfants qui doivent compter pour le calcul de la légitime, revient sur sa première opinion et reconnaît à l'enfant légataire renonçant le droit de retenir sa part dans la légitime. *Licet non sunt heredes matris, tamen partem facient in legitima quia non abstinere gratis sed propterea quod in testamento vel inter vivos acceperunt, retinent quod alias conferre tenerentur si pro herede gererent, et sic in legitime in qua alias concurrerent partem faciunt quatenus eorum interest ad repellendum vel restringendum argentem ad legitimam vel supplementum*<sup>2</sup>. C'est l'opinion exprimée par Dumoulin dans ce texte qui a prévalu : elle n'était pas contraire à l'art. 303 de la coutume de Paris qui ne défendait d'avantager par testament comme par donation que les enfants venant à la succession. Quant à sa justification, elle se trouve dans cette considération, que « quoiqu'il ne soit pas un avancement d'hoirie proprement dit, le legs fait à un héritier présomptif est du moins pour lui la représentation et le remplacement de son droit de succession. L'enfant légataire peut donc retenir la légitime sur ce legs, même en s'abstenant de la succession. Et comme la coutume ne veut l'égalité qu'entre cohéritiers il a de plus le droit de retenir ce qui ne sera pas nécessaire

<sup>1</sup> Dumoulin, art. 121, n° 7, tome I, op cit.

<sup>2</sup> Conseil, 35, n° 10, t. II, p. 911.



pour la légitime des enfants héritiers<sup>1</sup>. » — Ainsi l'enfant, qu'il fût donataire ou légataire, jouissait de la faculté de cumuler, en renonçant à l'hérédité du disposant, sa légitime et la quotité disponible. A cet égard M. Ginoulhiac, commet, si je ne me trompe, une erreur, lorsque, en parlant du droit de renonciation et de rétention il dit : « Il y a cette *différence* entre la donation et le legs, que l'une peut comprendre la légitime, en même temps que la quotité disponible, tandis que l'autre ne peut jamaisse prendre que sur cette dernière<sup>2</sup>. » Or, précisément, je viens de montrer que cette différence n'existait pas entre ces deux espèces de libéralités.

Mais comment expliquer le droit que les coutumes reconnaissaient à l'enfant de retenir sa légitime, par voie d'exception, malgré sa renonciation ? Si on obligeait le légitimaire à se porter héritier pour qu'il pût réclamer par voie d'action sa légitime, c'est qu'il fallait lui trouver un titre à cet effet ; or l'enfant nanti de sa légitime au moyen d'une donation en avait un, celui de donataire ; dès lors il pouvait la retenir. En outre cette décision s'explique jusqu'à un certain point par la faveur qu'on avait pour le droit qui appartenait à tout propriétaire de disposer de ses biens ; en effet dans notre hypothèse le droit du père était d'autant plus grand que le disponible était moins entamé par la libéralité faite à l'enfant. — Quant au cumul des deux avantages, de la légitime et du disponible, il trouve sa jus-

<sup>1</sup> M. Ragon, *op. cit.* t. I, p. 162. Ajoutez les autorités qu'il cite à la note 1, de cette page.

<sup>2</sup> M. Ginoulhiac, *op. et loc. cit.* p. 391. (*Rev. fr. et étg.* t. III, 1846).

tification dans une réaction de la jurisprudence coutumière contre les coutumes d'égalité parfaite qui devinrent odieuses aux jurisconsultes coutumiers eux-mêmes<sup>1</sup>. Coquille s'écrie à ce sujet : « Avoir la liberté de disposer de ses biens envers un étranger et ne l'avoir pas envers ses enfants qui doivent subjection et obéissance, se reconnaître être sujet à l'endroit où l'on doit commander ; et tant bons et obéissants que soient ses enfants c'est grand ennui à un bon et honnête cœur de sentir sa servitude et privation de liberté<sup>2</sup>. » Mais le moyen employé pour remédier à l'égalité absolue ne fut pas heureux, ainsi que le fait remarquer M. Boissonade : au lieu de permettre au successible donataire de transformer, par sa renonciation, un simple avancement d'hoirie, en donation irrévocable, et cela contre les prévisions du père, il aurait suffi de permettre à celui-ci d'accorder un préciput à tout autre qu'à l'aîné, en vertu du mérite ou des besoins individuels de chacun<sup>3</sup>.

**32.** — Après avoir établi le caractère de la légitime dans les pays de coutumes, voyons quelles étaient les personnes qui y avaient droit.

La légitime était attribuée par la coutume de Paris aux seuls descendants : « *La légitime* porte l'art. 298 *est la moitié de telle part et portion que chacun enfant eust eu*. Étaient compris sous le nom d'enfants, les descendants légitimes de tout degré déjà nés ou posthumes. Ils étaient admis à faire valoir leurs droits à la légitime comme à la succession elle-même, d'après la proximité des degrés. Dans les coutumes qui admettaient la re-

<sup>1</sup> M. Boissonade, *op. cit.* p. 286.

<sup>2</sup> Guy Coquille. *Sur la coutume de Nivernais*, XXVII, 7.

<sup>3</sup> Boissonade, *op. cit.* p. 286.

présentation, les petits enfants, en concours avec des descendants au premier degré, avaient une légitime comme leur père prédécédé.

Les enfants naturels, *les bâtards*, ne succédaient dans les pays coutumiers, au moins en principe, ni à leur père, ni à leur mère ; dès lors, ils ne pouvaient pas non plus prétendre à la légitime : on ne leur permettait que de réclamer des aliments, que leurs auteurs eussent ou non laissés des enfants légitimes<sup>1</sup>. Néanmoins certaines coutumes, notamment celle de Valenciennes, de Saint-Omer, de Han, de Waterloo<sup>2</sup>, déclaraient le bâtard habile à succéder à sa mère ; de là la question de savoir si cette vocation entraînait l'existence d'une légitime en sa faveur. Rousseaud de la Combe ne l'admettait pas, parce que le droit des bâtards à la succession de leur mère était une dérogation au droit commun des coutumes, et devait : à ce titre, être plutôt restreint qu'étendu : « le droit de légitime, dit-il, est plus borné parmi nous, que celui de succéder<sup>3</sup>. » Lebrun, au contraire, leur accordait une légitime, en s'appuyant sur le texte même de ces coutumes, qui assimilaient, quant au droit de succéder à la mère, les bâtards et les enfants nés en mariage. La coutume de Valenciennes s'exprimait ainsi à cet égard : « *En succession maternelle n'y a nuls bastards, tellement que les bastards naturellement, tant suc-*

<sup>1</sup> Lebrun, *op. cit.* liv. II, ch. III, sect. II, n° 3.

<sup>2</sup> Cout. de Valenciennes, art. 121. — Cout. de Saint-Omer, art. 47. — Cout. de Han, art. 6. — Cout. de Waterloo : art. 28.

<sup>3</sup> Rousseaud de la Combe. *Recueil de jurisprudence civile des pays de droit écrit et coutumier, par ordre alphabétique*. Paris 1769, V<sup>e</sup> *Légitime*, sect. I, p. 380.

*cèdent à leur mère aussi bien qu'autres enfans procréés en léal mariage* <sup>1</sup>. »

Les enfans naturels légitimés par mariage subséquent de leur père et mère, jouissaient des mêmes droits que l'enfant issu de ce mariage et avaient, par suite, une légitime. On se demandait à ce sujet si le père pouvait y faire obstacle, en stipulant dans le contrat de mariage, au profit des enfans nés d'un mariage précédent, que les enfans légitimés n'auraient pour tous droits, qu'une certaine part dans sa succession, ou n'y prendraient qu'une certaine somme, ou que ce qu'il leur assignerait par son testament. La question était discutée. Pour l'affirmative on disait que l'intérêt public n'y étant point engagé, il était permis « en jetant les fondemens d'un mariage » de régler la part des enfans comme on pouvait régler la part de la femme dans la communauté « surtout lorsque l'on corrige le vice d'une mauvaise habitude, qu'on la purifie, qu'on l'honore par la vertu et la dignité d'un mariage subséquent. » Mais Lebrun fait valoir d'excellentes raisons à l'appui de l'opinion contraire : la légitime étant un droit qui tire son origine de la loi naturelle, il ne peut être permis à un père d'y déroger : elle est *beneficium legis non parentis*. Si un père ne peut pas s'opposer au rapport des enfans venant à sa succession, à raison de l'équité naturelle sur laquelle le rapport est établi, s'il ne peut empêcher l'exercice du droit d'aînesse à l'égard des fiefs compris dans sa succession, parce que ce droit trouve aussi sa base dans le droit naturel, à plus forte raison, ne peut-il pas priver les en-

<sup>1</sup> Voy. Richebourg, t. II, p. 235. — Lebrun, l. II, ch. III, sect. II, n° 5.

fants de leur légitime, qui est le droit le plus favorable de tous ceux qui dérivent de la loi naturelle<sup>1</sup>. — Cependant le même principe ne s'appliquait plus lorsque la légitimation avait eu lieu par lettre du prince, car dans ce cas, les droits des légitimés, n'étant plus réglés par la loi mais par l'acte même de leur légitimation, subordonné au consentement des héritiers présomptifs, les intéressés y pouvaient apporter telle limitation que bon leur semblait et stipuler que les légitimés n'eussent qu'une certaine somme pour leur légitime<sup>2</sup>.

La question de savoir s'il était permis de stipuler dans le contrat d'un second mariage, que les enfants qui en naîtraient, n'auraient qu'une certaine somme, ou une certaine part, comportait une solution négative pour des raisons analogues à celles que j'ai indiquées dans l'hypothèse d'une légitimation par mariage subséquent<sup>3</sup>.

Lorsque les enfants entraient en religion, ils perdaient leur droit à une légitime, puisqu'ils étaient morts civilement. Cependant si l'établissement religieux où ils se trouvaient venait à manquer des moyens nécessaires à leur entretien, on leur allouait, à titre d'aliments, une portion des biens de leur père et mère<sup>4</sup>. En Franche-Comté, les religieux succédaient à la propriété des meubles et à l'usufruit des immeubles; aussi avaient-ils une légitime<sup>5</sup>. — Les anciens usages reconnaissaient aussi une légitime au profit des chevaliers de

<sup>1</sup> Lebrun, liv. II, chp. III, sect. II. n° 9. — Rousseaud de la Combe *ibidem*.

<sup>2</sup> Lebrun, *ibidem*, n° 12.

<sup>3</sup> Lebrun, *ibidem*, n° 14.

<sup>4</sup> Lebrun, *ibidem*, n° 13.

<sup>5</sup> Merlin, *Rep. de jurisprudence*. Sect. III, § 2.



Malte<sup>1</sup>. Plus tard il ne leur fut plus permis de réclamer que le payement de pensions modiques tant qu'ils n'avaient pas de commanderies. Dans le cas où ils avaient été faits prisonniers par les Turcs, ils pouvaient même exiger que leurs frères et sœurs les rachetassent. Merlin justifie ainsi ce droit : « comme ils n'étaient jamais rachetés par leur ordre, il était juste d'obliger leur frère et sœur à sacrifier pour leur rançon, la part dont ils n'auraient pu être privés, s'ils n'avaient pas quitté la vie séculière ; c'est un engagement que leur famille est censée contracter au temps de leur profession<sup>2</sup>. »

33. — Le droit coutumier, éminemment conservateur des biens dans les familles, excluait de la succession paternelle et maternelle la fille dotée par ses père et mère. Tandis que ceux-ci devaient laisser aux fils au moins une portion de leur patrimoine, on considérait généralement que leur obligation vis-à-vis des filles était accomplie quand elles avaient été dotées et apanagées. Dans les coutumes d'Anjou, du Maine, de Touraine, la fille mariée était exclue de plein droit même de la succession de ses aïeuls et bisaïeuls, en un mot de toutes les successions directes toutes les fois qu'elle avait reçu un *mariage avenant*, c'est-à-dire qu'elle avait été mariée convenablement. Mais le don pouvait être peu considérable. Il suffisait pour l'exclure, lors même qu'il consistait en un simple *chaptel de roses* ou une couronne de mariée<sup>3</sup>. Bien plus, les coutumes d'Auvergne et de Normandie allaient jusqu'à écarter la fille de tous droits successifs,

<sup>1</sup> Arrêt d'avril, 1593.

<sup>2</sup> Merlin, *op. cit.* Sect. III, § II, n° 8.

<sup>3</sup> Coutume d'Anjou, art. 241 et 247. — Coutume du Maine, art. 258. — Coutume de Touraine, art. 273.

dès qu'elle avait contracté mariage, n'eût-elle pas été dotée. Mais la fille dotée, exclue de la succession, était-elle aussi privée de sa légitime? Les coutumes qui prononçaient l'exclusion des filles se divisaient en trois classes : 1° celles qui privaient la fille dotée non-seulement de sa part virile dans la succession, mais encore de sa légitime<sup>1</sup>. 2° celles qui, au contraire, reconnaissaient à la fille dotée le droit de demander un supplément de légitime<sup>2</sup>. 3° Les coutumes, qui excluant les filles, ne s'expliquaient pas relativement à la légitime. Un arrêt au parlement de Dijon du 7 décembre 1574 admit la fille à se pourvoir en supplément de sa légitime. — En tenant compte de la nature de la légitime, on aurait dû décider que, dans ces coutumes, l'exclusion de la succession entraînerait celle à la portion légitimaire.

Certaines coutumes ne privaient pas la fille dotée de l'hérédité de ses auteurs. Cependant le plus souvent, les filles y renonçaient par leur contrat de mariage, moyen-

<sup>1</sup> Art. 305, de la coutume de Bourbonnais, était ainsi conçu : *Fille mariée et apanagée, par père ou par mère, ayeul ou ayeule, paternels ou maternels, après le decez de ses pere ou mere, ayeul ou ayeule paternels ou maternels, ne peut demander légitime, ne supplément d'icelle.* Voy. Richebourg. *Recueil.* t. III, p. 1255.

<sup>2</sup> L'art. 24, du chap. XXIII, de la coutume de Nivernais s'exprimait ainsi : *Fille mariée et appanée ou dotée par ses père et mère vivans ou l'un d'eux avec le consentement précédent ou subséquent de l'autre, ne peut retourner à la succession des dits père et mère, ne de l'un d'eux, tant qu'il y aura hoir masle ou hoir descendant de masle, soit masle ou femelle, s'il n'y a convenance au contraire par contrat de mariage. Et ne peut ladite fille impugner ladite dotation et appanage par quelque manière que ce soit, sauf par supplément de sa légitime, en esgard à sondit dot ou appanage et aux biens de ses dits père et mère de-laissez par leurs décès.* Voyez Richebourg, t. III, p. 1148.

nant la dot qui leur était constituée<sup>1</sup>. « Ces renonciations anticipées avaient été autorisées afin de conserver les biens sur la tête des mâles, et de soutenir, par ce moyen, la splendeur du nom. » Mais alors, la fille conservait-elle le droit de réclamer un supplément de légitime? En principe non, et pour deux excellentes raisons : d'abord il n'y avait pas là une renonciation ordinaire, mais plutôt un contrat aléatoire, par lequel la fille consentait à renoncer à ses droits successoraux moyennant un avantage immédiat ; ensuite, en renonçant, elle perdait le titre nécessaire pour qu'on fût admis à réclamer cette portion de l'hérédité, la qualité d'héritier. Le Parlement de Paris jugeait en ce sens<sup>1</sup>. Cependant il pouvait se faire que même dans la coutume de Paris, on donnât une solution contraire et qu'on permît à la fille renonçante de demander un supplément de légitime. Ceci arrivait lorsqu'elle avait reçu par son contrat de mariage une dot tellement insignifiante par rapport aux biens

<sup>1</sup> L'origine des renonciations à succession future, ne remonte très certainement pas au droit romain, qui cependant avait connu cette idée de maintenir les biens et d'empêcher les femmes de les transmettre à une autre famille, mais le droit romain avait réalisé ce but en empêchant, d'une part, les enfants de succéder à leur mère et d'autre part, en mettant les femmes en tutelle. Les femmes héritaient, et ne transmettaient point. — D'un autre côté, les renonciations à successions futures ne viennent pas directement du droit germanique. Les coutumes germaniques excluaient les femmes de la *terra aviarica* sans qu'il fût besoin de renonciation. Aussi ne trouvons-nous point dans les formules du temps, la pratique des renonciations. Elles semblent surtout s'être développées au déclin de la féodalité pure, et sous l'influence des idées nobiliaires qui avaient survécu à la féodalité. Elles n'étaient pas encore très répandues. Beaumanoir n'en parle point.

<sup>2</sup> Dans les pays de droit écrit, nous verrons que le Parlement de Toulouse faisait à cet égard une distinction.

que possédait le père, qu'elle éprouvait une lésion énorme. Dans ce cas, le père exhérédait plutôt sa fille qu'il n'agissait dans son intérêt, son intention de la frustrer de ses légitimes espérances apparaissait clairement, et la présomption d'affection paternelle qui servait de fondement à ces sortes de renonciations n'existait plus. Il était donc juste de n'en pas tenir compte et d'admettre la fille à exercer une action en complément de légitime<sup>1</sup>.

Quand le père possédait une partie de son patrimoine sur le territoire des coutumes d'exclusion et le reste sur le territoire de coutumes qui appelaient la fille dotée à la succession, celle-ci devait pouvoir réclamer sur ces biens, une portion soit de sa part héréditaire, soit de sa légitime, proportionnelle à la valeur de ces biens par rapport à l'ensemble de la succession, à la condition d'imputer sur cette portion une fraction également proportionnelle de la dot qu'elle avait reçue. Les enfants d'une fille exclue ou ayant renoncé en conséquence de sa dot, à la succession de son père, n'avaient rien à prétendre dans cette succession quand ils ne venaient pas par représentation. Mais il n'en était pas de même lorsqu'ils y étaient appelés de leur chef; ils pouvaient alors réclamer une légitime<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> C'est ce qu'enseignait également Dumoulin : « *Cum pater*, disait-il *non est functus pietatis officio et filia hujus consuetudinis seu observatix prætecta exheredata potius, quam honeste dotata fuit.* (Sur le Conseil 29, liv. III, des Conseils d'Alexandre).

<sup>2</sup> On avait discuté la question de savoir si l'enfant pouvait être privé de son droit en retranchement, pour avoir pris possession des biens sans en avoir fait un inventaire. Pour l'affirmative on invoquait la Nouvelle I, de Justinien, les difficultés pour constater les forces de la succession, résultant de la confusion des patrimoines,

Que la légitime des descendants tire son origine du droit naturel, c'est ce que les anciens auteurs attestent d'une manière formelle ; elle leur tenait lieu d'aliments : « *legitima succedit loco alimentorum*<sup>1</sup>. » « De là vient, dit Grotius, qu'elle est regardée comme une dette naturelle, qui ne peut être ôtée par les lois humaines, parce que les aliments nécessaires y sont compris<sup>2</sup>. Cujas proclame que « la légitime est de droit naturel, quant à sa substance et de droit civil, quant à sa quotité<sup>3</sup>. C'est la même idée que nous trouvons dans Dumoulin qui établit avec force que la légitime, émanant originairement du droit naturel, mais réglée par la loi positive, est un droit attribué aux enfants par le législateur et non par la volonté présumée du père<sup>4</sup>. » « La légitime, dit Lebrun, est une portion de ce qu'on aurait eu sans les dispositions entre vifs ou testamentaires que la loi n'accorde qu'à l'héritier présomptif, à qui le défunt était obligé naturellement de laisser la substance ; c'est un secours naturel qui est réglé par la disposition de la loi<sup>5</sup>. » Enfin Pothier s'exprime ainsi à cet égard : « les père et mère doivent, par le droit naturel à leurs enfants, une part de leurs biens qu'on appelle légitime : la loi civile en a fixé la quotité<sup>6</sup>. »

un arrêt de la chambre des Enquêtes du 12 déc. 1598. Mais la négative prévalut, parce qu'aucune loi, ni ordonnance ne prononçait, dans ce cas, une pareille peine contre le légitimaire. — Ricard ch. VIII, sect. V, n° 995.

<sup>1</sup> Merlinus. *De legitima*, lib. III, tit. I. Quæst. 1.

<sup>2</sup> Grotius. *De jure belli ac pacis*, liv. II, ch. VII, n° 4.

<sup>3</sup> Cujas. *Exposit. novel*, XVII, t. II, col. 1058, c.

<sup>4</sup> Dumoulin. *Cout. de Paris*, tit. 1<sup>o</sup> des Fiefs, § 3. Gloss. III.

<sup>5</sup> Lebrun, *op. cit.* liv. II, chp. III, sect. I, n° 4.

<sup>6</sup> Pothier. *Coutume d'Orléans*. Introd. XV, n° 67.



34. — J'ai dit que l'art, 298 de la coutume de Paris n'accordait la légitime qu'aux seuls descendants : à l'égard des ascendants et des frères et sœurs, elle gardait le silence ; aussi devons-nous nous demander si la légitime appartenait également à ces personnes, dans les pays coutumiers.

Tout d'abord, occupons nous des ascendants. Le parlement de Paris reconnut à leur profit l'existence d'une légitime, par un arrêt du 7 décembre 1585<sup>1</sup> ; mais bientôt la jurisprudence se fixa en sens contraire , six arrêts refusèrent cette faveur aux ascendants<sup>2</sup>, ce qui fit dire à Merlin que « cette jurisprudence était trop bien affermie pour qu'il y ait lieu d'en espérer la réformation ». Les auteurs<sup>3</sup> se prononçaient également dans ce sens. Quels étaient donc les motifs sur lesquels s'appuyaient la jurisprudence et les jurisconsultes ! les voici : 1° La légitime, disait-on, n'est due qu'à ceux qui sont héritiers à titre universel ; or, les ascendants, dans les pays de coutumes, ne succèdent qu'aux meubles et acquêts ; donc la légitime doit leur être refusée. — Cette raison est sans doute mauvaise, et si Lebrun l'indique, ce n'est que pour la réfuter, car les meubles et acquêts formaient bien dans ces pays un titre universel. 2° La légitime des ascendants n'est pas fondée sur le droit naturel ; ceux-ci ne sont héritiers que contre le vœu de la nature, et si la loi *Nam et si ff de inof. test.* la leur accorde, ce n'est que par commisération. Ordinai-

<sup>1</sup> Voy. Recueil de Louet, L. I, t. II, p. 6.

<sup>2</sup> Arrêt du 3 oct. 1589 ; du 28 avril 1606 ; du 18 juin 1611, du 1<sup>er</sup> mars 1614 ; du 16 fév. 1615 ; 7 déc. 1643. — Voy. Louet *ibidem*, p. 40 et 11.

<sup>3</sup> Lebrun, *op. cit.* liv. I, ch. V, sect. VIII, n° 29. — Picard, *op. cit.* III, partie, ch. VIII, sect. III, n° 920.

rement ce sont les enfants qui sont réduits à attendre des aliments de leurs parents, tandis qu'il n'est pas dans l'ordre de la nature qu'un fils soit obligé de nourrir son père. — Mais la légitime des ascendants est aussi du droit naturel ; l'ordre de la mortalité, étant interverti, le père fait un devoir aux enfants de laisser une légitime à leurs ascendants. *Nam etsi parentibus non debetur filiorum hereditas*, disait justement Papinien : *propter votum parentum et naturalem erga filios caritatem ; turbato tamen ordine mortalitatis, non minus parentibus quam liberis pii relinqui debet*<sup>1</sup>. 3° Les ascendants ne peuvent succéder, dans les pays de droit coutumiers, qu'aux meubles et acquêts, or, s'ils pouvaient réclamer une légitime, ce ne serait que sur ces deux sortes de biens. Mais alors il y aurait deux inconvénients : le premier d'enlever aux enfants la libre disposition des acquêts qui sont ordinairement les fruits de leur travail et de leur industrie ; le second, de leur interdire le commerce de la plus grande partie de leurs biens, puisqu'ils sont déjà obligés de réserver aux collatéraux les quatre quints des propres. Ces inconvénients ne se rencontrent pas dans la légitime des ascendants, car le plus souvent, les quatre quints des propres suffisent pour la remplir. — Cette raison n'a pas grande valeur ; remarquons, en effet, que les descendants, malgré l'obligation qu'on leur eût imposée de laisser une légitime aux ascendants, auraient gardé la faculté de disposer de la totalité de leurs biens à titre onéreux, et la libre disposition à titre gratuit du quint des propres et de la moitié des meubles et acquêts. Il n'était

<sup>1</sup> Loi 15, tit. de inof. testamento. Digeste.

donc pas exact de dire que cette obligation aurait gêné la liberté du commerce<sup>1</sup>.

De toutes les raisons que je viens d'indiquer, c'est sans aucun doute la dernière qui contribua le plus au revirement de la jurisprudence et celle qui décida les auteurs à refuser une légitime aux ascendants. Aussi voyons-nous Lebrun leur accorder une légitime dans le cas où l'inconvénient signalé ne pouvait se présenter, comme à Lille, Douai, Tournai. Ces coutumes n'appelaient pas les collatéraux à la succession en concours avec les ascendants : on n'avait donc pas à craindre que les biens des descendants fussent grevés à la fois d'une légitime au profit des ascendants et d'une réserve en faveur des collatéraux. Cependant les auteurs apportaient une limitation ou plutôt une exception au principe qui refusait la légitime aux ascendants, dans le cas où le père se trouvait dans une extrême misère et n'avait « personne qui lui fût obligé de lui porter ce secours. » Il pouvait réclamer des aliments du légataire universel ; mais comme le fait observer d'Argentré, les aliments étaient fournis non pas suivant la dignité du père, mais selon ses besoins<sup>1</sup>.

Les coutumes, qui pour compléter leurs lacunes se référaient à la coutume de Paris, ne donnaient aux ascendants aucune légitime, et c'était le plus grand nombre. Dans celles, au contraire, où la loi romaine était considérée comme loi supplétive dans les cas non prévus, on reconnaissait aux ascendants le droit à une légitime.

<sup>1</sup> Merlin, *op. cit.* Sect. III, § II.

<sup>2</sup> D'Argentré, *op. cit.* art. 722, glosse 6. — Lebrun, *op. et loc. cit.* n° 33. Bourjon, *op. cit.* Liv. III, II, n° 13. — Renusson. *Traité des propres*, ch. II, sect. II, n° 13.

On n'en peut citer que quelques-unes parmi ces dernières : les coutumes de Vermandois, de Bourgogne, d'Auvergne. Lebrun donna la même solution pour la coutume du Bourbonnais qui se rapprochait du droit écrit à plusieurs égards, notamment en ce que dans l'art. 314, elle appelait les ascendants *in viriles* avec les frères et les sœurs, « ce qu'il faut limiter, ajouta-t-il, au regard des donations entre vifs, car, comme on ne peut disposer par testament dans cette coutume, l'art. 291, que de la quatrième partie de son bien, le père trouve toujours sa légitime dans cette réserve. »

En un mot, on peut dire d'une manière générale que dans le droit coutumier les ascendants n'avaient pas de légitime. — Du reste, dans les coutumes exceptionnelles où elle était admise, il n'y avait que les plus proches parents qui pussent y prétendre, parce que dans l'ordre des ascendants la représentation n'avait jamais lieu.

**35.** — Je passe aux frères. Avaient-ils une légitime ? Le droit coutumier leur reconnaissait le droit de quereller le testament ; lorsque le défunt leur avait préféré des personnes infâmes. Mais l'effet de la querelle se réduisait-il à leur faire adjuger une légitime, ou s'étendait-il jusqu'à faire infirmer toute l'institution ? Le premier parti semblait tout d'abord le plus conforme aux principes du droit coutumier. En effet, quelles que fussent les dispositions du défunt, les héritiers du sang étant saisis des biens héréditaires, et les légataires devant leur demander la délivrance de leur legs, la querelle d'inofficiosité dont les frères et sœurs étaient investis, devait se borner à faire réduire les libéralités faites en fraude de leurs droits. S'il en était autrement, les collatéraux se seraient trouvés plus favorablement traités que les en-

fants. Cependant ce ne fut pas ces principes qui prévirent. « Nos docteurs, dit Ricard, nourris dans la pureté de notre religion chrétienne, donnent à cette action un effet extraordinaire, et veulent qu'en ce cas, si la légitime n'est pas laissée en entier aux frères consanguins, ils n'aient pas un simple droit d'en demander le supplément mais de révoquer tout le testament ou même toute la donation <sup>1</sup>. » Et Lebrun partageait cet avis : « il faut dire qu'en ce cas, les frères feront casser le testament pour le tout <sup>2</sup>. » Voici les raisons que ces auteurs donnaient à l'appui de leur décision : 1° Le droit coutumier n'a pas réglé la légitime des frères : il a emprunté la querelle au droit romain ; dès lors il est logique que cette action produise ici le même effet qu'à Rome et qu'elle fasse infirmer le testament pour le tout. 2° Lorsque le testateur institue une *persona turpis* la loi le frappe d'une incapacité totale ; elle ne peut, par suite, tirer aucun profit de l'institution, recueillir ou garder aucune portion des biens héréditaires. 3° Lebrun ajoute : nous avons même des exemples dans notre droit où la querelle fait infirmer tout le testament, comme lorsque un père a déshérité son fils injustement, *maligni contra sanguinem suam inferens judicium* <sup>3</sup>. » Cette raison est à noter ; elle nous révèle que si les frères faisaient, par la querelle d'inofficiosité, tomber le testament en entier, ce n'étaient là que la conséquence d'un principe général admis dans le droit coutumier, à savoir que toute déposition injurieuse, faite en haine de l'héritier du sang devait être frappée de nullité, comme émanant

<sup>1</sup> Ricard. *Traité des donations*, III, part. ch. III, sect. III, n° 911.

<sup>2</sup> Lebrun, liv. II, ch. III, sect. II, n° 33.

<sup>3</sup> Lebrun, liv. II, ch. III, sect. I, n° 4.



d'une personne insensée *non sanæ mentis*. — Ce principe, dont on faisait l'application aux frères et sœurs, était également étendu aux descendants et l'on décidait que si le dépouillement, l'exhérédation dont le père les frappait, provenait de sa haine envers leur personne, les enfants auraient non seulement l'action en réduction, mais une action en nullité qui effacerait l'exhérédation et anéantirait les libéralités faites aux étrangers. Lebrun cite un arrêt de la Grande Chambre du 15 juin 1617 qui infirma pour le tout le testament d'une mère, qui, ayant une fille et des petits-fils, et « étant prévenue contre eux d'une injuste aversion » avait légué tous ses biens à l'église. Pothier qui constate en termes exprès ce droit pour les frères et sœurs, déclare qu'à plus forte raison les descendants devaient jouir du même avantage. « Cette action (la querelle d'inofficiofité) qui est accordée aux frères et sœurs à cause de l'injure que leur fait le donateur, en leur préférant dans la succession de ses biens de telles personnes, doit à plus forte raison être accordée aux descendants <sup>1</sup>. »

Les frères et sœurs pouvaient faire rescinder, comme inofficieuses non seulement les dispositions testamentaires, mais aussi les donations faites par le défunt en faveur de personnes infâmes. C'est ce que nous apprend Lebrun <sup>2</sup> et ce que la coutume d'Orléans contient dans son article 277 : « Si la donation est immense et excessive, les enfants et descendants en droicte lignes des dites donateurs, la peuvent quereller et faire réduire à la légitime telle que dessus : et les héritiers collatéraux,

<sup>1</sup> Pothier. *Coutumes des Duchés. Baillage et prévôté d'Orléans et ressort d'iceux*. Paris, 1776, t. I, sur l'art. 277, pag. 744.

<sup>2</sup> Lebrun, liv. II, ch. III, sect. II, n°25.

en cas qu'il n'y ait enfans ou autres descendans en droicte ligne desdits donateurs, le peuvent aussi quere-  
ler, selon la disposition de droit », c'est-à-dire faire an-  
nuler la donation pour le tout.

Je n'ai pas besoin d'ajouter que, à part les frères et  
sœurs germains ou consanguins du disposant, la que-  
relle d'inofficiosité était refusée aux autres collatéraux  
et que les premiers n'y avaient droit qu'autant qu'ils  
remplissaient toutes les conditions requises pour succé-  
der *ab intestat*.

36. — Dans les coutumes qui admettaient la repré-  
sentation il arrivait souvent que les frères fussent appe-  
lés à la succession *ab intestat*, en concours avec leurs  
neveux, les enfans de leur frère ou de leur sœur prédé-  
cédé<sup>1</sup>. Le concours ne donnait, sans doute, point une  
légitime aux successibles qui n'en jouissaient pas,  
quand ils étaient seuls héritiers. Mais lorsque les légiti-  
maires avaient obtenu la rescision du testament, qui  
les lésait, fallait-il admettre les héritiers non légiti-  
maires à en profiter, comme ils eussent profité de l'annu-  
lation du testament pour toute autre cause? La raison  
de douter provenait de ce que, suivant les lois romai-  
nes, la rescision d'un acte de dernière volonté par la  
*querela inofficiosi testamenti*, annulait l'institution et  
ouvrait la succession *ab intestat*; or, les neveux succé-  
daient *ab intestat* avec leur oncle; il était donc logique  
qu'ils recueillissent indirectement le fruit de l'action  
intentée par celui-ci. On invoquait aussi la loi 6 § 1 *Dig.  
de inof. test.* V. 2: Ulpien supposant qu'une personne  
incapable de succéder *ab intestat*, a néanmoins obtenu

<sup>1</sup> Un pareil concours pouvait arriver aussi entre les frères, et  
sœurs germains ou consanguins, et les frères et sœurs utérins.

la rescision du testament comme inofficieux, décide que cette rescision profitera aux plus proches héritiers *ab intestat*, sans distinguer s'ils sont ou non légitimaires. — Cependant ce n'est pas cette solution que nous trouvons dans les anciens auteurs. Il est de principe que les jugements ne nuisent et ne profitent qu'à ceux avec lesquels ils ont été rendus : les neveux ne peuvent donc pas participer au fruit d'une action qu'il n'ont ni exercée, ni pu exercer<sup>1</sup>. « La querelle d'inofficiosité, dit Lebrun, est un remède extraordinaire, qui ne doit avoir lieu qu'au profit de ceux à qui il est accordé par les lois, qui l'ont fixé justement aux premiers degrés : puisque selon l'instinct de la nature, l'on doit beaucoup plus à un héritier qui est dans les premiers degrés qu'à celui qui vient d'un degré plus éloigné. Que si l'on considère que la loi n'a pas même accordé la légitime ni la querelle aux frères utérins, ce qui se voit dans cette loi *Fratres C. de inof. test.* il n'y a pas lieu de s'étonner qu'elle ne l'ait donnée en aucun cas aux enfants des frères. Ainsi l'on peut poser pour principe en cette matière que le droit de la légitime et de la querelle d'inofficiosité ne se règle pas absolument sur le droit de succession et que ceux qui viennent ensemble à la succession ne viennent pas toujours concurremment à la légitime et à la querelle d'inofficiosité<sup>2</sup>. » Et Voët fait très justement remarquer que si les neveux pouvaient profiter individuellement de la querelle, on éluderait la loi qui la leur refuse expressément, et sa disposition ne serait plus qu'une lettre morte. — Le testa-

<sup>1</sup> Merlin, *op. cit.* sect. III, § III, n° 12, p. 114.

<sup>2</sup> Lebrun, liv. II, ch. III, sect. II, n° 27.

ment n'étant rescindé qu'en faveur des légitimaires, il n'y a qu'eux seuls qui en puissent bénéficier.

37. — La légitime n'était pas un droit exclusivement attaché à la personne des légitimaires : aussi leurs propres héritiers pouvaient-ils recueillir le droit ouvert en leur faveur, et leurs créanciers personnels l'exercer en leur lieu et place. Si leur débiteur renonçait frauduleusement à la légitime, ces derniers étaient admis, contrairement au droit romain <sup>1</sup>, à faire annuler cette renonciation (mais seulement dans leur intérêt) et à accepter au nom du légitimaire <sup>2</sup>. Il fallait pour cela, bien entendu, que le titre fût authentique et la dette contractée avant l'ouverture de la succession <sup>3</sup>.

On se demandait à ce sujet si, dans l'hypothèse où le père aurait réduit son fils pour prodigalité, par exemple, à un simple usufruit sur ses biens, dont il aurait laissé la nue propriété à ses petits-fils, les créanciers du prodigue pouvaient demander la distraction de sa légitime. Le doute provenait de ce que le fils certainement n'avait pas le droit de la réclamer. Lebrun admettait l'affirmative ; il reconnaissait bien qu'il accordait par là aux créanciers plus de droit que n'en avait le fils lui-même, mais il corroborait sa solution par un argument d'analogie tiré de la matière des substitutions : les créanciers de l'institué pouvaient opposer le défaut de publication, quoique celui-ci ne fût pas recevable à s'en prévaloir. Telle était aussi l'opinion de Ricard <sup>4</sup>. Plusieurs arrêts du Parlement de Paris avaient

<sup>1</sup> Loi 134, *pr. Dig. de reg. juris.*

<sup>2</sup> Voy. en ce sens un arrêt du 28 mars 1589, dans Louet, *op. cit.* t. II, lettre R. XIX, p. 506.

<sup>3</sup> Lebrun, liv. II, ch. III, sect. II, n° 16 et 17.

<sup>4</sup> Ricard, *op. cit.* III, part. ch. VIII, sect. X, n° 1140.

jugéencesens<sup>1</sup>. Argou désapprouve cette doctrine et cette jurisprudence, tout en les constatant : « Parmi nous, par un usage très abusif, lorsque le fils est déshérité ou que les biens sont substitués pour cause de dissipation, on laisse la légitime franche et libre, à ses créanciers, comme s'ils méritaient quelque faveur, et s'ils n'étaient pas au contraire coupables de la corruption de ce malheureux dont ils ont formenté les débauches en lui prêtent trop facilement de l'argent <sup>2</sup> ». — Mais plus tard par un arrêt du 27 août 1666<sup>3</sup> la jurisprudence se fixa en sens contraire, en refusant au créancier du fils le droit de demander la distraction de la légitime. Les raisons sur lesquelles elle se fondait, étaient assurément très graves : 1° Les créanciers n'ont pas plus de droit que leur débiteur ; ils ne peuvent donc réclamer une légitime à laquelle l'enfant ne peut prétendre. Il y aurait contradiction dans la loi, si elle abandonnait aux créanciers une légitime qu'elle n'a établie qu'en faveur de l'enfant. 2° Le père serait réduit à l'impossibilité d'arrêter l'effet de l'expression de la mauvaise conduite de ses enfants, il ne lui resterait plus aucun moyen de conserver les biens dans la famille et de les transmettre à sa postérité, si on reconnaissait aux créanciers le droit de demander la distraction de la légitime.

Quant aux créanciers du défunt, ils n'y pouvaient prétendre que si les légitimaires avaient accepté la succession purement et simplement, car alors ils devenaient leurs débiteurs directs et personnels.

<sup>1</sup> Arrêt du 8 août 1654, et de 1751.

<sup>2</sup> Argou. *Institution au droit français*, t. I, liv. II, ch. XIII, p. 341, (éd. citée.)

<sup>3</sup> Voy. dans le même sens : Arrêt du 18 avril 1668, — sept. 1668, — 21 jan. 1672, — 12 fév. 1744, — 23 mars 1760, — 4 sept. 1760 :



38. — Quelle était la *quotité de la légitime* dans les pays de coutume?

J'ai dit dans le chapitre précédent que, lorsque au <sup>xiii</sup><sup>e</sup> siècle, la légitime fit son apparition à côté de la réserve coutumière, sa quotité n'était pas déterminée : le juge les fixait arbitrairement, en tenant compte des besoins des légitimaires, et de la fortune des légataires. Dans le *Grand Coutumier de France*, Jacques d'Albeiges la fixe à la moitié des biens de l'ascendant. La coutume de Paris, dans sa première rédaction, reproduisait le système de la Novelle XVIII ; mais lors de sa réformation, en 1580, les rédacteurs introduisirent une nouvelle quotité. Le motif nous est connu. La loi romaine était entachée de plusieurs vices : d'abord cinq enfants avaient chacun une légitime plus forte que s'ils n'eussent été que quatre, et de plus, cinq petits enfants, issus d'un enfant unique prédécédé arrivant de leur chef à la succession de leur aïeul, recueillaient la moitié de la succession : si ces cinq petits enfants concouraient avec un enfant au premier degré ou avec d'autres petits enfants nés d'un autre fils prédécédé, comme le partage se faisait par souche, ils ne prenaient plus que le tiers de la succession de leur aïeul ! Ces différentes anomalies déterminèrent les rédacteurs de la nouvelle coutume de Paris (art. 298) à fixer la quotité de la légitime, indépendamment du nombre des enfants, à la « *moitié de telle part et portion que chacun eust eu en la succession de ses père et mère, aïeul, aïeule ou autres ascendants, si lesdits pere, mere ou autres ascendants n'eussent disposé par acte entre vifs ou de dernière volonté.* »

Quant aux autres coutumes, on peut les diviser, au point de vue qui nous occupe en ce moment, en trois

classes : Dans la première figure les coutumes, qui, comme celles de Calais, d'Orléans, de Chaumy, reproduisaient exactement la disposition de l'art. 298 de la coutume de Paris<sup>1</sup>; la seconde classe se compose de coutumes qui se référant en termes exprès au droit ou à la raison écrite, suivaient le système du droit romain, les principes de la Novelle XVIII. Telles étaient les coutumes de Reims, de Melun, de Bourgogne, de Châlons, de Noyon<sup>2</sup>. Enfin la troisième classe comprend les coutumes muettes sur le montant de la légitime. Elle se subdivise à son tour en deux groupes : le premier comprend les coutumes muettes qui considéraient le droit romain comme loi supplétive pour les cas omis ou non prévus. Ici, donc, la quotité de la légitime était celle de la Novelle XVIII. Je citerai comme faisant partie de ce groupe les coutumes du Bourbonnais, d'Auvergne. Un arrêt du Parlement de Flandre du 7 avril 1690 jugea dans ce sens pour la coutume de Tournai et de la Châtellenie de Lille ; et un autre arrêt du 7 sept. 1699, pour la coutume de Douai<sup>3</sup>. — Le second groupe renferme les coutumes qui ne réglaient point le montant de la légitime, mais pour lesquelles, il n'y avait pas de causes particulières d'appliquer le droit romain. C'est ici que s'élevait la grosse question de savoir, s'il fallait dans leur silence se référer, pour la fixation de la quotité, à la Novelle XVIII ou bien à la coutume de Paris, la coutume de droit commun. Ceux qui adoptaient le premier

<sup>1</sup> Coutume de Calais, art. 85. — Cout. d'Orléans, art. 274. — Coutume de Chaumy, art. 49.

<sup>2</sup> Cout. de Rheims, art. 234. Cout. de Melun, art. 232. — Cout. de Bourgogne, lit. VIII, art. 7. — Cout. de Châlons, art. 70. — Cout. de Noyon, art. 18.

<sup>3</sup> Voy. Merlin, *op. cit.* Sect. VI.

parti, faisaient valoir les considérations suivantes : la légitime ayant son origine romaine, il est logique d'appliquer les règles romaines, toutes les fois que la coutume n'en a pas prescrit d'autres. En outre, la plupart des coutumes ayant été rédigées avant celle de Paris, et celle-ci ayant la première introduit une quotité invariable, indépendante du nombre des enfants, il était impossible que les rédacteurs des autres coutumes, en y établissant le principe de la légitime, se fussent référés, quant à sa quotité, à la coutume de Paris. Si on objectait que la Nouvelle XVIII aboutissait à des résultats contraires à l'équité, Ricard répondait : « une plus grande équité ne suffit pas pour former une nouvelle décision, lorsqu'il y a déjà une loi établie ; au contraire j'estime que nos coutumes s'étant soumises à la disposition du droit romain, nous ne pouvons pas abandonner notre usage pour recourir à une décision qui nous agréer davantage, puisqu'il ne s'agit pas en cette occasion de faire un droit nouveau, mais seulement de pénétrer dans le sentiment du législateur et de ceux qui ont rédigé les coutumes<sup>1</sup>. » Guy Coquille partageait l'avis de Ricard, mais tous les deux faisaient des vœux « que dans les réformations des coutumes, s'il s'en fait à l'avenir ou plutôt par quelque ordonnance faite à ce sujet, le Roi déroge aux coutumes et à l'usage général de la France, pour y établir la disposition particulière de la coutume de Paris, à cause de l'équité qui s'y rencontre<sup>2</sup>. » — Cette opinion fut consacrée, pour la coutume de Char-

<sup>1</sup> Ricard, *op. et loc. cit.* n° 4046.

<sup>2</sup> Ricard, *ibidem*. — Guy Coquille. *Coutume de Nivernais*, ch. XXVII, *des donations*, n° 7. (édition de Dupin 1864,) p. 361. — Voy. aussi dans le même sens de Ferrière. *Sur la Cout. de Paris*, art. 298, n° 6.

tres, par plusieurs arrêts (arrêt du 20 août 1609) ; pour la coutume de Blois, par un arrêt de 1818 ; pour la coutume de Senlis par arrêt du 1<sup>er</sup> avril 1620 ; pour la coutume du Vermandois, par arrêt de décembre 1640. — Mais la doctrine contraire finit par triompher. Elle était enseignée par Bourjon<sup>1</sup>, Lebrun<sup>2</sup>, Rousseaud de la Combe<sup>3</sup>, Pothier<sup>4</sup>. On faisait ressortir d'une part les inconvénients que présentait le droit romain, de l'autre, l'équité, la sagesse et la simplicité de la règle admise par la coutume de Paris. Lebrun après avoir critiqué le système de la Nouvelle XVIII ajoute : « voilà les raisons pour lesquelles la coutume de Paris est plus équitable sur ce sujet que le droit écrit et pourquoi il est juste que principalement dans le pays qui est coutumier, s'il faut ainsi dire, et où la coutume ne s'est pas conformée ordinairement au droit, de s'attacher à la disposition de la coutume de Paris. » Et Pothier déclare « qu'il aimerait à croire qu'on doit plutôt, dans cette espèce, suivre la coutume de Paris, qui contenant les usages de la capitale, doit plutôt suppléer au silence des autres coutumes, que les lois romaines qui ne sont qu'adoptives. » Depuis un arrêt du 13 mars 1672 la jurisprudence se prononça constamment en ce dernier sens. Cet arrêt intervenu entre la princesse Guymené et son fils aîné, et des créanciers, décida, nonobstant les conclusions de l'avocat général Bignon, que la légitime serait réglée, non pas suivant le droit écrit et l'ancienne jurisprudence,

<sup>1</sup> Bourjon. *Successions*. II, partie, ch. X, n° 9.

<sup>2</sup> Lebrun, liv. II, chp. II<sup>2</sup>, sect. III, n° 9 et suiv.

<sup>3</sup> Rousseaud de la Combe. *Recueil de jurisprudence*, V<sup>o</sup> légitime, sect. II.

<sup>4</sup> Pothier. *Donations entre vifs*. Sect. III, art. 5.

mais suivant la coutume de Paris<sup>1</sup>. La question donc ne restait plus indécise qu'en doctrine.

Dans les coutumes qui se référaient soit expressément, soit tacitement au droit romain et qui admettaient la représentation, on se demandait si les petits enfants *ex eodem patre* comptaient pour autant d'enfants ou seulement pour un seul? Il fallait distinguer deux cas : a) l'aïeul n'a laissé de petits enfants que d'un seul fils. Lebrun estimait que la portion légitimaire devait être réglée suivant le nombre des petits enfants, et par suite, fixée à la moitié, s'ils étaient plus de quatre, ou au tiers, s'ils étaient au dessous de ce nombre, parce que, étant tous nés d'un fils unique ils venaient de leur chef à la succession de l'aïeul et non au moyen de la représentation<sup>2</sup>. Voët, au contraire, soutenait que, dans ce cas, la légitime devait être du tiers, alors même que le nombre des petits enfants aurait été supérieur à quatre, puisque la mort prématurée de leur père ne devait pas restreindre la liberté de tester dans la personne de leur aïeul et l'obliger à leur laisser la moitié de ses biens à titre de légitime, tandis qu'il n'en devait qu'un tiers à leur père, qui certainement avait plus de droit qu'eux et les aurait exclus, s'il n'était pas précédé<sup>3</sup>. — b)

<sup>1</sup> Voy. en ce sens arrêt du 6 sept. 1674, pour la coutume de Tournai, d'Anjou et de la Rochelle ; arrêt du 12 mars 1715, pour la coutume de Poitou, (affaire le prince de Carignan.) Voy. Merlin, *op. cit.* Sect. VI, p. 147.

<sup>2</sup> Lebrun, liv. II, ch. III, sect. III, n° 2. — Voy. aussi Denizart, *V° légitime*, n° 32. p. 100, de l'édition citée. Merlin dans son *répertoire* mentionne dans ce sens un arrêt du 28 avril 1614, rapporté par le président Favre.

<sup>3</sup> Dans ce sens Merlin, *op. cit.* ibidem. sect. VIII, § II, art. II, quest. III.



L'aïeul a laissé des petits enfants de plusieurs fils. — Dans ce cas pas de difficulté, et Lebrun lui-même décidait que les petits enfants ne comptaient que pour leur père, et fixait leur légitime au tiers si les fils étaient au nombre de quatre, et à la moitié s'ils excédaient ce chiffre, car ici les petits enfants venaient à la succession par représentation.

39. — *La légitime, dans les pays de Coutume, était-elle collective ou individuelle.* — La légitime n'était pas attribuée collectivement, en masse à tous les légitimaires; elle avait conservé dans les pays de Coutume le même caractère qu'elle offrait en droit romain : elle était distributive et individuelle. Cette doctrine, contraire au mode général de l'exercice des réserves coutumières, n'en n'est pas moins certaine. La preuve est facile à donner puisque l'article 298 de la coutume de Paris est formel en ce sens : « *la légitime est la moitié de telle part et portion que chacun enfant eust eu....* » La légitime coutumière, de même que la légitime romaine, n'était donc qu'une portion de la part héréditaire que l'enfant eût recueillie, s'il était venu à la succession *ab intestat*. Chaque enfant devait être content de sa part, et ne pouvait prétendre, de par la loi à la portion que les autres ne prenaient pas, quoique capables de la recueillir. Ce que je viens de dire trouve sa confirmation dans le passage suivant de Ricard : « Les enfants, dit-il, ne prenaient pas la portion qui est destinée pour leur légitime, en masse et pour la distribuer entre ceux qui doivent y prendre part, mais chaque enfant en particulier doit être content lorsqu'il a la portion qui lui est déférée par la loi, et celui sur qui la

légitime se doit prendre en est tenu à forfait envers chaque particulier<sup>1</sup>. »

40. Il résulte de là que le montant de la légitime de chaque enfant variait suivant le nombre plus ou moins considérable de ceux qui faisaient part pour son calcul. Aussi est-il intéressant de rechercher quels étaient parmi les légitimaires ceux dont il fallait tenir compte à cet égard. Pothier pose à ce sujet la règle suivante : « on doit compter les enfants qui viennent effectivement à la succession ou qui y seroient venus si le défunt n'avoit pas fait les donations et legs qu'il a faits. »<sup>2</sup> Tout d'abord on tenait compte des légitimaires qui acceptaient la succession ; ceci va de soi et il est à peine besoin de le dire ; c'est évident. Mais que décider à l'égard des renonçants ? La question est complexe et ne comporte pas une réponse unique, affirmative ou négative : il fallait distinguer, pour la résoudre, si la renonciation avait été faite purement et simplement ou bien en faveur d'un ou plusieurs cohéritiers ; si elle avait été faite par un légitimaire qui n'avait rien reçu du défunt ou bien par un légitimaire qui avait été gratifié par lui d'une libéralité.

Le successible qui renonçait purement et simplement à la succession sans avoir rien reçu de son auteur, était traité comme un étranger, et par suite ne comptait point pour le calcul de la légitime. C'est ce qu'attestent Ricard, Lebrun, Rousseaud de la Combe<sup>3</sup>. Ils se fondent

<sup>1</sup> Picard. *op. cit.* III, part. ch. VIII, sect. VI, n° 1061 et 1062.

<sup>2</sup> Pothier. *Traité des donations entre vifs*. Sect. III, art. V, § 3.

<sup>3</sup> Ricard, *op. cit.* ch. VIII, sect. VII, n° 1057. — Lebrun Liv. II, ch. III, sect. VI, n° 3. -- Rousseaud de la Combe. *Recueil de jurispr.* V° légitime, sect. VI, p. 386.

sur la loi 10 § 4 *Dig. de bonorum possessione contra tabulas* qui décide que *liberi qui contra tabulas habere non possunt, nec partem faciunt*.... et sur cette considération que la légitime étant une portion de la part héréditaire *ab intestat*, il ne serait pas juste que celui qui a abdiqué le titre d'héritier fasse part dans la légitime pour diminuer les portions des autres enfants. Cette solution ne faisait pas de doute dans le droit coutumier, elle était acceptée par l'unanimité des auteurs<sup>1</sup>. Si le successible renonçait en faveur de tous ses cohéritiers indistinctement, il n'était pas compté non plus, car une pareille renonciation ne différait que par la forme d'une renonciation pure et simple. Mais si au contraire il renonçait au profit d'un ou de quelques-uns de ses cohéritiers, il y avait alors une véritable cession de part héréditaire, puisque cet acte de disposition ne peut valoir qu'autant que la propriété a été acquise à celui qui la cède. En agissant ainsi, le renonçant faisait acte d'héritier, ce qui entraînait l'acceptation de la succession ; dès lors il devait être compté, car, ainsi que je l'ai dit, tous ceux qui venaient à la succession, l'étaient également<sup>2</sup>. Merlin rapporte deux arrêts sur ce point de droit : le premier du 1<sup>er</sup> fev. 1600 a jugé que si la renonciation a été faite purement et simplement la légitime se prendrait sur la masse, sans distraire la portion de ceux qui ont renoncé ; le second du 2 juin 1607 a décidé que si la renonciation a été faite en faveur de l'aîné ou des mâles, la légitime ne se prendrait que sur ce qui

<sup>1</sup> Duplessis. *Des successions*, liv. I, ch. III, sect. I, p. 204 éd. 1724.  
— Pothier, *ibidem*.

<sup>2</sup> Dumoulin. *Cout de Paris* § 9, glosse 4, n° 7. — Lebrun, *op. et loc. cit.*

restait après la distraction des parts des renonçants. Si la renonciation avait eu pour motif la conservation d'une donation précédemment reçue du défunt, il fallait distinguer suivant la classe des coutumes qui faisaient la loi de la succession. Dans les coutumes dites *d'égalité parfaite*, on trouvait pour le successible l'obligation de rapporter, nonobstant tous les avantages pécuniaires qu'il avait reçus de celui à la succession duquel il était appelé. Telle était du reste la conclusion rigoureuse des principes coutumiers, mais alors le renonçant ne devait pas être compté dans la supputation de la légitime. Dans les coutumes *de préciput et d'égalité en partage ou d'option*, qui autorisaient l'enfant renonçant à retenir le don que le défunt lui avait fait, il fallait, pour résoudre notre question, distinguer les enfants qui avaient renoncé à la succession future dans l'acte même de la donation, et ceux qui sans s'y être engagé à l'avance renonçaient à la succession échue pour s'en tenir à leur donation. Les premiers étaient comptés car ils avaient renoncé en considération des biens donnés et par suite ils auraient vraisemblablement accepté la succession *ab intestat* si leur auteur ne leur avait fait aucune libéralité. Les seconds faisaient également nombre, car la donation devant successivement entrer dans la masse des biens sur laquelle se prenait la légitime, on pouvait dire qu'ils recueillaient leur part légitimaire puisqu'ils avaient la valeur. D'ailleurs si on n'en avait pas tenu compte, il aurait pu arriver non-seulement que la quotité disponible fût inférieure à la fraction normale, ou même réduite à rien, mais encore que la légitime, calculée indépendamment d'eux, devînt tellement considérable que le patrimoine tout entier du

défunt ne suffît pas à l'acquitter. « Si, dit Lebrun, on comptait les donations, et si on les faisait entrer dans la masse des biens, sans que les renonçants fissent part, les légitimaires auraient souvent plus que la moitié de ce qu'ils auraient eu, si le père n'avait pas disposé; ainsi, ce ne serait pas une légitime. Car, supposez qu'il y ait quatre enfants et 400,000 livres de biens, que le père ait donné 15,000 livres à chacun des deux aînés, qu'il ait fait le troisième son légataire universel et que le quatrième demande sa légitime; si l'on compte toutes les donations et que les donataires ne fassent point part, il s'en suivra que le fils légitimaire aura 10,000 livres et cependant c'est tout ce qu'il aurait eu si le père n'avait pas disposé entre vifs, ni par testament: au lieu que les renonçants faisant part, il n'aura que 5,000 et le frère légataire autant, ainsi ils seront tous deux réduits à leur légitime<sup>1</sup>. » Enfin, on pensait que si l'enfant donataire s'en tenait à sa donation, c'était que vraisemblablement elle excédait ou au moins égalait sa légitime. En résumé: dans les pays de coutume, devait être compté pour la supputation de la légitime le renonçant *aliquo accepto*; ne devait pas être compté le renonçant *nullo accepto*.

La fille qui avait renoncé par contrat de mariage à la succession paternelle ou maternelle était aussi comptée, parce que sa dot lui tenait lieu de légitime<sup>2</sup>. Il en était de même des filles mariées qui, quoique non dotées, étaient exclues par les coutumes de la succession

<sup>1</sup> Lebrun, liv. II, chp. III, sect. VI, no 7. — Ricard *op. cit.* III, part. ch. VIII, sect. VII, n° 1063. — Pothier. *Donat. entre vifs*, sect. III, art. 5, § 3.

<sup>2</sup> Pothier. *Donat. entre vifs*, sect. III, art. V, § 3.



de leurs auteurs. On disait pour justifier cette décision « qu'il en coûtait toujours quelque chose au père pour marier sa fille. » Quelques coutumes s'expliquaient formellement à cet égard : « Et combien, porte l'art. 32 de la coutume d'Auvergne, *que la fille ainsi mariée ne prenne part ne portion esdites successions comme dit est, si fait elle nombre avec les autres enfants pour la quote part et computation de légitime*<sup>1</sup>. » La fille dotée imputait sa donation sur la légitime qui lui aurait été due au décès de son père, si une dot ne lui avait pas été constituée. Mais ici s'élevait une question : en supposant que la dot fût inférieure au montant de la légitime, on se demandait à qui profitait l'excédant ? Sur ce point il existait des divergences parmi les auteurs. Dumoulin prétendait qu'il devait profiter à tous les enfants, à moins que la fille n'eût renoncé expressément au profit d'un seul ou qu'une disposition formelle de la coutume n'en réservât le bénéfice à un seul : *Idem si dicta filia non renunciavit expresse in favorem masculi sed consuetudo vel statutum loci hoc suppleet ut censeatur facta in favorem masculi. Alias... portio renunciata remanet in terminis et dispositione juris communis et tunc quamquam pater de portione hereditaria citra legitimam disponere possit, tamen de portione legitimæ vel ejus devolutione aut accrescendi jure nullo modo potest disponere nec facere quominus accrescat reliquis portionibus ejusdem legitimæ*<sup>2</sup>.

Ricard enseignait la même doctrine<sup>3</sup>. Duplessis, au contraire, décidait avec raison que le supplément devait profiter au légataire universel et non pas aux au-

<sup>1</sup> Voy. le Recueil de Richebourg, t. IV, p. 1167.

<sup>2</sup> Dumoulin, § 15. *Consilia*, 29.

<sup>3</sup> Ricard, *op. cit.* III, partie, ch. VIII, sect. VII, n° 1070.

tres légitimaires, dont l'émolument une fois calculé ne pouvait s'augmenter que par la volonté du père : « ceux qui renoncent au moyen des dons qui leur ont été faits, et même les filles, qui par leurs contrats de mariages ont renoncé, font nombre, non pas pour prendre, mais pour diminuer la légitime des autres, au profit des donataires<sup>1</sup>. » Enfin d'autres auteurs estimaient que l'excédant de la légitime sur la dot augmentait soit la part de l'aîné, soit seulement celle des enfants mâles<sup>1</sup>.

Le légitimaire justement exhérédé, ayant perdu par l'effet d'une exclusion valable, tout droit à la succession, devait être négligé dans la supputation de la légitime, soit parce qu'il était censé mort et comme dit Bourjon « retranché de la famille par la foudre de l'exhérédation, » soit parce qu'il était dans l'intérêt des autres légitimaires et sans dommage pour l'exhéréhé qu'il ne fût pas compté<sup>2</sup>. Cependant Lebrun en tenait compte quand il avait reçu une donation de son auteur, et que celui-ci ne l'avait pas révoquée : « J'estime, dit-il, qu'il fera part parce qu'il a été avantagé en avancement d'hoirie et à aucune espèce de légitime et cela, à l'exemple de tout autre enfant qui renonce, en se tenant à une donation faite au profit de l'hérédité, augmentera la masse des biens sur laquelle on doit fixer la légitime<sup>3</sup>. Il me sem-

<sup>1</sup> Duplessis. *Suce.* liv. I, ch. III, sect. I. — Renusson *op. cit.* ch. II, sect. VI, n° 44.

<sup>2</sup> Voyez les autorités sur ce point dans Ragon, *op. cit.* t. I, p. 197.

<sup>3</sup> Bourjon. *Succ.* I, partie, ch. III, sect. XI, n° 56, t. I, p. 813, (éd. 1770). — Pothier. *Cout. d'Orléans*. Introd. lit. XV, n° 77. — Ricard, *op. et loc. cit.* n° 1056 et 1057.

<sup>4</sup> Lebrun, *op. et loc. cit.* — Voy. dans le même sens Roussilhe : *Les institutions au droit de légitime ou recueil de la jurisprudence ac-*

ble, si je ne me trompe, que cette solution n'est pas bonne. Si le renonçant donataire faisait nombre c'est que malgré la renonciation il conservait sa qualité de légitimaire, mais il n'en était pas de même de l'exhé-rédé; l'exclusion qui le frappait lui enlevait outre sa qualité d'héritier, celle même de légitimaire, il n'était plus qu'un simple étranger; dès lors son don devait s'imputer sur la quotité disponible et se trouvait exposé à l'action en réduction.

Le fils donataire qui décédait sans enfants, ne comptait pas pour le calcul de la légitime, quoique la donation augmentât la masse des biens sur laquelle elle devait être fixée, par ce simple motif, qu'au moment de l'ouverture de la succession, l'enfant n'existait plus<sup>1</sup>.

Généralement on donnait la même décision pour les bâtards, ou du moins, s'il y avait une exception à leur égard ce n'était que dans le petit nombre des coutumes où ils succédaient concurremment avec les enfants légitimes.

On ne comptait pas non plus, les morts civilement, ni religieux profès ni les chevaliers de Malte ni les filles religieuses, si ce n'était en Franche-Comté où la profession ne rendait pas les religieux incapables de succéder. Mais n'aurait-on pas dû compter les filles religieuses lorsqu'elles avaient reçu une dot, lors de leur entrée dans le cloître? On serait tenté, au premier abord, de donner une solution affirmative en se fondant sur une assimilation de la fille religieuse avec la fille dotée et renonçante. Mais cette assimilation serait inexacte : en

*tuelle concernant la légitime et supplément d'icelle.* Avignon 1770, tome I, ch. I, sect. II, n° 74, p. 106.

<sup>1</sup> Lebrun, ch. III, sect. VI. Liv. II, n° 48.

effet la dot que le père constituait à l'enfant qui entraît en religion n'était pas, dans le sens strict du mot, une donation faite au religieux, c'était, comme dit Ricard <sup>1</sup> « un bienfait et une espèce d'aumône, exercée envers le couvent et qui doit plutôt avoir Dieu pour objet que les hommes » ; « ou comme, dit Lebrun <sup>2</sup>, un contrat onéreux passé avec le couvent ; » en outre, la fille dotée ne devenait incapable de succéder qu'à cause de sa renonciation dans le contrat de mariage, tandis que la fille religieuse était écartée de l'hérédité comme morte civilement. — Notons cependant que dans certaines coutumes on tenait compte, pour le calcul de la légitime, des fils ou filles entrés en religion, et on attribuait leur part au fils aîné : Voici comme s'exprime l'art. 248 de la coutume d'Anjou : « Si noble homme met son fils ou sa fille en religion, le fils aîné d'icelui homme noble prendra en la succession la portion qui y eut pris le dit fils ou fille religieux ou religieuse, s'ils fussent demeurés séculiers <sup>3</sup>. » Mais remarquons que ces coutumes n'appliquaient cette disposition qu'aux successions nobles.

Ceux qui avaient laissé prescrire leur droit à la légitime faisaient nombre pour régler la portion légitimaire des autres : solution éminemment logique puisque la prescription équivalait à un paiement effectif.

Le calcul de la légitime étant basé, dans la coutume de Paris, sur la dévolution des parts héréditaires dans la succession *ab intestat*, celui qui figurait dans le calcul, diminuait donc la part afférente aux autres, dans

<sup>1</sup> Ricard, *op. cit.* III, part. ch. VIII, sect. VII, n° 1067 et 1068.

<sup>2</sup> Lebrun, *op. et loc. cit.* n° 15, 46 et 17.

<sup>3</sup> Voy. *Recueil de Richebourg*, t, VI, p. 558. — Voy. aussi la coutume de Bretagne, art. 558. — Coutume du Maine, art. 266.

la même proportion que son concours dans la succession *ab intestat* eût réduit leur part héréditaire. Aussi les petits enfants ne comptaient-ils vis-à-vis des autres enfants que pour la part du fils qu'ils représentaient dans la succession *ab intestat*. De même en pareille hypothèse l'augmentation où la diminution des petits enfants ne préjudiciait ou ne profitait qu'à leurs frères.

41. — A qui profitait la renonciation de l'un des légitimaires? aux donataires et légataires soumis à l'action en retranchement ou bien aux légitimaires acceptants? — Les principes admis dans le droit coutumier conduisaient à résoudre la question d'après la distinction suivante : lorsque la renonciation avait été faite *aliquo accepto*, comme elle n'empêchait pas de compter l'enfant qui avait renoncé pour le calcul de la légitime de ses frères et sœurs, il en résultait que le bénéfice de la renonciation ne devait pas être pour ceux-ci mais pour ceux qui devaient leur fournir la légitime c'est-à-dire pour le donataire et légataire, car la légitime, était toujours et essentiellement un bienfait individuel et non pas collectif : chaque légitaire n'avait droit qu'à sa portion et non pas aussi à celle des autres. — Au contraire, lorsque la renonciation avait été faite *nullo accepto*, le renonçant ne comptait pas plus qu'un indigne ou qu'un prédécédé, dès lors elle profitait aux enfants acceptants puisque leur part légitimaire s'en trouvait augmenté. Écoutons Ricard à ce sujet : « Comme la légitime est due par droit de nature, on demande si pour faire part il suffit d'être enfant et si les incapables et ceux qui renoncent étant comptés pour faire part et ne pouvant pas néanmoins la prendre, elle accroît aux autres enfans, ou si ceux contre qui elle est demandée en



doivent profiter?... Je réponds en général que tous ceux qui ne prennent point de part en la légitime, soit qu'ils en soient exclus, à cause de leur incapacité ou en conséquence de la renonciation pure et simple qu'ils y ont faite, ne doivent nullement être comptés pour faire l'estimation de la légitime, et leurs parts accroissent ou plutôt ne décroissent pas aux autres<sup>1</sup>. » Lebrun, après avoir posé en principe que le renonçant *nullo accepto* ne fait pas nombre, en fait l'application dans l'hypothèse où le défunt a laissé trois enfants dont l'aîné est légataire universel, le cadet, légataire particulier, et le troisième renonce sans avoir rien reçu. En ne tenant pas compte de ce dernier, il fixe la légitime du cadet au quart des biens du défunt (la moitié de sa part héréditaire *ab intestat*.) » *Si le renonçant faisait part*, dit-il, *le légitaire n'aurait qu'un sixième et le frère légataire devrait profiter de l'excédant*, parce qu'il ne doit pas la légitime en masse à tous les enfants comme le douaire, mais il la doit à chacun des enfants selon leur nombre et il profite des parts de ceux qui font part sans venir à partage : ce qui se vérifie par l'art. 298 de la même coutume de Paris, qui ne donne pas la légitime aux enfants en général, en quelque nombre qu'ils soient, mais définit que la légitime est la moitié de telle part et portion que chacun des enfants aurait eue : tellement que le légataire universel qui souffre les retranchements, en est quitte en donnant à chacun des enfants sa part... Mais ici l'enfant qui renonce gratuitement et sans avoir reçu *ne fait point part et augmente en cela la légitime*<sup>2</sup>. »

42. — Dans les coutumes qui fixaient la quotité de la

<sup>1</sup> Ricard, op. cit. III, part. ch. VIII, sect. VII, n° 1056.

<sup>2</sup> Lebrun, liv. III, ch. VIII, sect. n° 77.

légitime d'après le système de la Novelle XVIII, les règles relatives à la computation des légitimaires différaient de celles reçues dans la coutume de Paris ; je les exposerai, dans le chapitre suivant que je consacrai à l'étude de la légitime dans les pays de droit écrit.

43. — La légitime à la différence de la réserve coutumière atteignait non seulement les dispositions testamentaires et de dernière volonté, mais aussi les libéralités entre vifs.

On admettait en principe que toutes les dispositions testamentaires devaient être considérées comme de véritables libéralités, qu'il n'y avait pas lieu de rechercher si ces dispositions étaient simples ou réciproques ou même rémunératoires, toutes les fois que les services qu'elles avaient pour but de reconnaître étaient inappréciables en argent <sup>1</sup>. Les legs pieux eux-mêmes, qui jouissaient pourtant de plusieurs immunités, étaient à cet égard traités comme des legs ordinaires. La jurisprudence <sup>2</sup> et les auteurs admettaient cette solution par le motif que : « les premiers et les plus favorables pauvres étaient les enfants du défunt <sup>3</sup>. Si, cependant, sous la forme d'un legs, le testateur ne faisait que restituer au légataire des sommes volées ou réparer un préjudice qu'il lui avait causé injustement, ce legs échappait à la règle générale et la légitime ne l'atteignait point.

Quant aux libéralités entre vifs, on peut dire d'une façon générale, que les légitimaires jouissaient de la

<sup>1</sup> Pothier. *Cout. d'Orléans. Introduction* tit. IV, sect. V, § 2, n° 70.

<sup>2</sup> Deux arrêts en ce sens : 12 fév. 1583, et 2 fév. 1586.

<sup>3</sup> Ricard *op. cit.* III part. ch. VIII, sect. VIII, n° 1092. — Lebrun liv. II, ch. III, sect. VII, n° 21, 22. — Pothier. *Donat. entre vifs*. Sect. IV, art. V, § 2.

faculté de faire réduire toutes sortes de donations, directes ou indirectes, pour se remplir de leur légitime. Ainsi étaient soumises à l'action en retranchement : 1° les donations faites antérieurement au mariage dont étaient issus les légitimaires <sup>1</sup>. 2° Celles faites entre les père et mère dans leur contrat de mariage et qui dépassaient les bornes ordinaires des conventions matrimoniales, comme un préciput exorbitant, un ameublement excessif, un douaire qui surpassait de beaucoup le coutumier, une communauté dont le partage aurait été stipulé d'une manière inégale, et cela au désavantage de l'un des époux <sup>2</sup>. 3° Les donations mutuelles <sup>3</sup> ; 4° les dots constituées en deniers <sup>4</sup> ; 5° la dot constituée à la fille à charge de renoncer à la succession future de son père <sup>5</sup>. Par contre, faisaient exception à la règle générale : 1° la dot apportée au couvent par la fille qui entra en religion <sup>6</sup> ; 2° les intérêts et les fruits produits par la chose donnée depuis la donation jusqu'au jour du décès du disposant.

<sup>1</sup> Lebrun, liv. II, ch. III, sect. VII, n° 5. — Ricard *op. et loc. cit.* n° 1088. Pothier. *Traité des donations entre vifs*, sect. III, art. V, § II.

<sup>2</sup> Lebrun *ibidem* n° 6. — Ricard *ibidem* n° 1085. — Pothier. *Cout. d'Orl.* introd. tit. XV, sect. V, n° 71.

<sup>3</sup> Pothier. *Traité des donat. entre vifs*, sect. III, art. V, § II.

<sup>4</sup> Arrêt du 3 déc. 1642. — Article 35 de l'ordonnance de 1731.

<sup>5</sup> Lebrun, liv. III, chp. VIII, sect. I, n° 73. — Laferrière *sur l'article 298 de la coutume de Paris*. Glosse 4, n° 23, col. 348, édit. 1714. — Argou. *Institutions au droit français*. Liv. III, ch. XVII, des renonciations, page 187, éd. cit. — Bretonnier. *Recueil par ordre alphabétique des principales questions de droit* v<sup>e</sup> édit. 1783. Paris, v<sup>e</sup> Renonciations des filles, p. 299. — Pothier. *Donat.* sect. IV, art. V, § II. — Contra Ricard ch. VIII, sect. IX, et 1119. — Duplessis. *Traité des succ.* liv. I, ch. IV, sect. I, p. 205, *in medio*. L'art. 35, de l'ord. de 1731, tranche la difficulté dans le premier sens.

<sup>6</sup> Lebrun, liv. II, ch. IV, sect. VII, n° 18. — Furgole *Sur l'ordon. de 17, § 1, art. 35.*

44. — Comment la *légitime* se combinait-elle avec la *réserve coutumière* ? Les coutumes n'admettaient la légitime que par forme de supplément de la réserve : l'une était subsidiaire à l'autre : si les quatre quints des propres réservés égalaient la quotité de la légitime calculée sur tous les biens, les enfants n'avaient rien à réclamer. Ainsi ils avaient intérêt à recourir à la légitime ; 1° lorsque la réserve coutumière était d'une valeur inférieure, 2° Lorsque le défunt n'avait pas laissé de propres. 3° Lorsqu'il avait disposé de ses propres, par donations entre vifs. Faisons l'application de ces principes à une espèce pour mieux mettre en relief le caractère subsidiaire et complémentaire de la légitime. Un testateur a légué plus du quint de ses propres et tous ses meubles et acquêts. On commencera d'abord par réduire les legs portant sur les propres, pour remplir les quatre quints indisponibles. Et alors de deux choses l'une : ou bien les quatre quints équivalent à la moitié de tous les biens : dans cette hypothèse les enfants ne pourront rien réclamer en plus. Ou bien la réserve coutumière n'atteint pas la quotité de la légitime ; dans ce cas les enfants auront le droit d'attaquer *en vertu de la légitime* les legs portant sur les meubles et acquêts jusqu'à concurrence de ce qui manquait à la réserve coutumière pour égaler la quotité de la légitime. Dans les coutumes qui soumettaient aux réserves coutumières les donations entre vifs, on réduisait tout d'abord la donation qui leur portait atteinte, avant d'attaquer les legs des autres biens en vertu de la légitime. Voici comment Ricard s'exprime à ce sujet : « Il faut considérer que nous n'admettons dans nos coutumes la légitime de droit que par forme de supplément de la légitime cou-

tumière qui consiste en une certaine portion que la loi du pays réserve aux héritiers du sang dans les propres ou même sur les autres biens, dont elle ne souffre pas que les particuliers puissent disposer par testament et même quelques-unes par donations entre vifs. Car si dans ce premier retranchement, par lequel la coutume a pourvu aux enfants, ils se trouvent remplis de ce qu'ils pouvaient prétendre pour la légitime, c'est sans fondement qu'ils auraient recours à une action extraordinaire et à la querelle d'inofficiosité, les enfants ne pouvant se servir de cette voie, que jusqu'à concurrence de ce qui leur manque dans la première, puisque celle-là n'est pas subsidiaire à celle-ci : jusque-là, même la donation entre vif suffira le retranchement de la coutume avant que les legs puissent recevoir aucune atteinte par la légitime<sup>1</sup>. »

APPENDICE. — *La légitime féodale ou la légitime de l'aîné.*

45. — Le droit d'aînesse consistait au moins, au xvi<sup>e</sup> siècle en un préciput et une part un peu plus forte que celle accordée aux autres enfants, et qu'on désignait sous le nom de part avantageuse. Le préciput se composait 1<sup>o</sup> du manoir, c'est-à-dire d'une maison habitable que l'aîné avait le droit de choisir parmi toutes celles de la succession. 2<sup>o</sup> D'une certaine quantité de terre, fixée à un arpent par la coutume de Paris ; c'est ce qu'on appelait *le vol du chapon*. Si la bande de ter-

1731 art. 35. Roussilhe *Jurisprud.* ch. X, sect. III, § I, n<sup>o</sup> 497. — Pothier. *Traité des donations*, sect. III, art. V, § II. — Contra Président Espiard sur Lebrun *loc supra* Merlin. *Rep.* v<sup>o</sup> *légitime* sect. VIII, § II, art. I, quest. I, n<sup>o</sup> 12.

<sup>1</sup> Ricard *op. cit.* III, part. ch. VIII, sect. IX, n<sup>o</sup> 117.



rain qu'environnait le manoir avait plus d'un arpent, l'aîné pouvait la prendre, mais à la charge d'indemniser ses puînés en immeubles <sup>1</sup>. Lorsqu'il n'y avait pas de manoir, le préciput se réduisait à cet arpent que l'aîné prélevait où il voulait. C'est ce que dit l'art. 18 de la coutume de Paris : « *S'il n'y a manoir principal en un fief appartenant à deux ou plusieurs enfants, par la succession de leur père ou mère, ains seulement terres labourables, le fils aîné peut avoir un arpent de terre, en tel bien qu'il voudra élire pour et au lieu dudit manoir.* »

La part avantageuse portait sur le surplus des biens nobles. Les coutumes de Paris et d'Orléans la limitaient à deux tiers desdits biens, quand il n'y avait que deux enfants, et à la moitié quand il y en avait un plus grand nombre <sup>2</sup>. Les autres biens héréditaires se partageaient également. Il résulte de là, que l'aîné qui acceptait la succession avait deux qualités : celle de préciputaire pour des objets déterminés et celle d'héritier pour une quote part, ce qui était important au point de vue du payement des dettes.

46. — Ce droit d'aînesse était protégé par une légitime qu'on appelait *légitime féodale*. En quoi consistait-elle ? Les anciens auteurs n'étaient pas d'accord sur ce point. Lebrun soutenait qu'elle devait comprendre la moitié du droit d'aînesse. Il alléguait que la coutume de Paris ayant fixé la quotité de la légitime ordinaire à la moitié de la part héréditaire *ab intestat* de chaque enfant, il en devait être de même de la légitime de l'aîné. Il invoquait en outre l'autorité de Chopin qui s'exprimait en

<sup>1</sup> Les coutumes accordaient en outre aux puînés une part dans les revenus des banalités comprises dans l'aspect revenant à l'aîné.

<sup>2</sup> Art. 15 et 16. — Pothier. *Tr. des Succ.* ch. II, sect. I, § 4.

ces termes : *Franci qui patris tenentur institutis, legitimam metiuntur hæreditariis portiomibus quæ consuetudine primogenitis, non quæ liberis ex æquo deferuntur et hoc casu protogonus vobiles legitimæ nomine deducet dimidiam natalitiæ suæ præceptionis; non autem partis natalitiæ aliis exæquatæ*<sup>1</sup>. Enfin il ne pouvait comprendre que l'aîné recueillît à titre de légitimaire la totalité de son droit d'aînesse, tandis que la même qualité ne lui donnait droit, dans les autres biens qu'à la moitié de ce qu'il aurait eu, *ab intestat*<sup>2</sup>. Suivant Ricard, au contraire, la légitime féodale devait consister dans l'intégralité des biens que la coutume réservait à l'aîné<sup>3</sup>. Ce fut cette dernière opinion qui prévalut<sup>4</sup>.

47. — La légitime de droit ne pouvait recevoir aucune atteinte ni par des dispositions testamentaires, ni par des dispositions entre vifs. Au contraire le père pouvait disposer par donations entre vifs des biens compris dans le préciput et dans la part avantageuse, au profit d'étrangers, puisque la coutume n'accordait ce droit d'aînesse que sur les biens nobles qui *se trouvaient dans la succession*, or, par la donation, les biens qui en formaient l'objet, sortaient du patrimoine du donateur et ne se trouvaient plus à son décès, dans la succession. — Mais suivait-on la même règle lorsque les libéralités entre vifs avaient été faites au profit de puînés ? La question ne présentait pas de difficulté quand le puîné gratifié acceptait l'hérédité, car, dans ce cas, étant soumis au rapport, les biens donnés rentraient dans

<sup>1</sup> Liv. II, titre III, n° 12.

<sup>2</sup> Lebrun liv. II, ch. II, sect. I, n° 20.

<sup>3</sup> Ricard III, partie ch. VIII, sect. VI, n° 1036.

<sup>4</sup> Pothier. *Tr. des succ.* ch. II, sect. I, art. II, § VI.

la masse et l'aîné y exerçait son droit d'aînesse. — Mais la solution n'était pas aussi simple dans l'hypothèse où le puiné donataire renonçait à la succession pour s'en tenir à son don. Dumoulin refusait à l'aîné le droit de critiquer la libéralité par ce motif que le bien donné était sorti du patrimoine du défunt de son vivant et ne faisait plus partie de sa succession. Cependant il donnait une solution contraire dans le cas où le decujus avait fait la donation en fraude de droit d'aînesse. L'opinion de Dumoulin, quoique fort logique, ne triompha point, et l'on admit que la renonciation du puiné donataire ne le mettait pas à l'abri de l'action en réduction. — Quant aux dispositions testamentaires, il importait peu, qu'elles fussent faites au profit d'étrangers ou des puinés : car les biens, qui en faisaient l'objet, se trouvant dans la succession, elles étaient réduites pour parfaire la légitime féodale.

48. — Voyons maintenant comment cette légitime se conciliait avec la légitime ordinaire. Pas de difficulté quand le père laissait des biens suffisants pour couvrir les deux légitimes. La difficulté ne s'élevait que si la légitime féodale ne pouvait être complétée sans porter atteinte à la légitime de droit. Dans trois cas semblables, la première cédait la place à la seconde « le droit d'aînesse étant une loi purement arbitraire<sup>1</sup>. »

I. *Cas*. D'après l'art. 17 de la coutume de Paris, si le défunt ne laissait que des biens destinés par leur nature à passer à l'aîné, les autres enfants pouvaient, nonobstant la coutume qui attribuait ces biens à l'aîné, poursuivre leur légitime sur ces biens, même s'il n'y avait

<sup>1</sup> Pothier. *Sur la coutume d'Orléans*, t. I, titre XV. *Des donations entre vifs* n° 85, p. 710, édition de 1776.

qu'un manoir. Le manoir pouvait dans ce cas être divisé. Mais de quelle façon s'opérerait le partage? Ricard distinguait: le manoir était-il d'une valeur minime? alors il devait être partagé par portions viriles entre tous les enfants; était-il, au contraire d'une grande valeur, il en attribuait deux tiers ou la moitié à l'aîné, les puînés prélevant ensuite leur légitime sur le reste. — D'autres auteurs pensaient qu'il fallait donner au puîné la moitié de ce qu'il aurait eu, si le manoir avait été roturier. Enfin Lebrun rejetant la distinction de Ricard proposait un partage féodal, dans lequel l'aîné prendrait une portion plus forte que les puînés<sup>1</sup>. J'ajoute qu'il en était de même dans l'hypothèse où le défunt aurait laissé, outre le manoir, d'autres biens d'une valeur tellement insignifiante qu'il aurait été exact d'affirmer que la succession ne comprenait que le préciput d'aînesse. C'est dans ce sens qu'il faut entendre la disposition finale de l'art 17 de la coutume de Paris: « *Et où il y aurait d'autres biens qui ne suffisans pour fournir les dits droicts aux enfans, le supplément de ladite légitime, ou dudit douaire se prendra sur le fief.* — Cette question ne s'élevait pas dans le territoire de la coutume d'Orléans: cette coutume contenait un article formelle qui empêchait toute difficulté à cet égard. Elle décidait, dans son article XCVI que, dans le cas où la succession ne comprendrait qu'un seul manoir, le fils aîné en perdrait une moitié; l'autre moitié appartenait aux puînés et que dans l'hypothèse où il n'y aurait qu'un seul puîné, l'aîné recueillerait les deux tiers du manoir et le cadet l'autre tiers. Toutefois il faut noter que la coutume de Paris et d'Orléans autorisaient l'aîné

<sup>1</sup> Lebrun liv. II, chap. II, sect. I, n° 25.

à empêcher le partage du manoir, en fournissant aux puinés leur légitime en argent : « *Et toutefois, au dit cas, le fils aîné peut bailler aux puisnez récompense en argent au dire de preud'hommes de la portion qu'ils pourroient prétendre sur le dit fief.*<sup>1.</sup> » C'est à cette faculté dont jouissait l'aîné que Loysel faisait allusion lorsqu'il disait : « Quand fief consisterait en un hôtel, il le prendrait entier lui seul, la légitime des autres sauve<sup>2.</sup> »

II. *Cas.* — La légitime féodale cédait encore la place à la légitime de droit lorsque les biens donnés entre vifs à des étrangers entamaient cette dernière légitime et que les biens nobles restés dans la succession fournissaient à l'aîné toute la sienne. En voici un exemple que j'emprunte à Pothier<sup>3.</sup> Le défunt a laissé deux enfants ; il a donné entre vifs à un étranger la somme de 1200 livres et sa succession se composait de fiefs d'une valeur de 15,000. Si le père n'eût pas fait de libéralité, la part que le puiné aurait reçu dans les 12000 livres, aurait été de 6,000 ; d'un autre côté les coutumes de Paris et d'Orléans, attribuant à ce dernier un tiers des biens nobles (dans l'espèce 5,000 livres), le puiné aurait touché 11,000 livres. Sa légitime était donc de 5,500. Comme il ne prenait, dans la succession, que 5,000, sa portion légitimaire se trouvait entamée de 500 livres. Examinons maintenant la situation de l'aîné : Sans la donation faite par son père, il aurait d'abord pris 6,000 livres, et, en outre, en vertu de son droit d'aînesse, les deux tiers des fiefs, c'est-à-dire 10,000 : donc une somme de 16,000 : le montant de sa légitime était par conséquent de 8,000 : Il en

<sup>1</sup> Art. 17. Cout. de Paris. — Voy. aussi art. 96, cout. d'Orléans.

<sup>2</sup> Loysel. *Institutions coutumières*. Règle 616.

<sup>3</sup> Pothier *ibidem* n° 89, page 713.



trouvait dix mille dans la succession, donc deux mille au delà de la légitime. Bien entendu que le puiné avait droit de réclamer le complément de sa légitime. A qui devait-il demander les 500 livres qui lui manquaient ? Il devait exercer son action en retranchement, non pas contre le donataire, mais contre l'aîné, parce que les donataires n'étaient tenus de parfaire la légitime que subsidiairement et lorsqu'il ne se trouvait pas dans la succession de quoi la fournir.

III. *Cas.* — Le principe suivant lequel, les cohéritiers contribuaient entre eux aux payement des dettes, chacun en proportion de ce qu'il amendait, souffrait en droit féodal une exception remarquable. L'enfant qui exerçait son droit d'aînesse contribuait au payement des dettes dans la même mesure que ses frères, quoiqu'il prît une part plus considérable. On justifiait cette dérogation en disant que la part attribuée à l'aîné en dehors de celle qui revenait aux autres enfants, formait un prélegs, et qu'en conséquence il ne devait pas être compris dans le calcul de la contribution aux dettes puisque, pour cette part, l'aîné ne représentait pas le défunt. Cette exception donnait lieu à un résultat fâcheux pour les puinés. Il pouvait arriver que tandis que l'aîné conservait à l'abri des poursuites des créanciers une portion considérable de la succession, la part héréditaires des puinés fût, au contraire, entièrement absorbée par le payement des dettes. Aussi pour remédier à cet inconvénient, admit-on que, dans ce cas, la légitime ordinaire devait prévaloir sur le légitime féodal. Voici un exemple emprunté toujours à Pothier. Le défunt a laissé douze enfants, 220,000 livres en fiefs ; 20,000 en biens roturiers et 144,000 livres de dettes. Chacun des

onze puinés reçoit un onzième de la moitié des biens féodaux, c'est-à-dire 10,000 et 1,666 livres dans les biens roturiers, total 11,666 liv ; mais il est tenu de 12,000 liv. de dettes ; donc toute sa portion héréditaire est absorbée. L'aîné, au contraire, recueille d'abord la moitié des fiefs c'est-à-dire 11,000 ; en outre 1,666, dans les biens roturiers, et ne devant contribuer au paiement des dettes que proportionnellement à ce qu'il prend dans ces derniers biens, il n'est tenu que de 12000 livres : il lui reste donc près de 10,000 liv. Aussi Pothier décide-t-il que dans ce cas, « on doit prélever les dettes  
« sur tous les biens de la succession, tant féodaux  
« qu'ordinaires. Le total de la succession montant à  
« deux cent quarante mille livres, les féodaux qui montent deux cent vingt mille livres en font les onze  
« douzièmes : par conséquent on doit prélever sur  
« les biens féodaux les onze douzièmes du passif, et  
« la légitime de chacun des onze puinés desdits biens  
« sera la moitié de la onzième partie, de la moitié de ce  
« qui restera.

## CHAPITRE TROISIÈME

### PAYS DE DROIT ÉCRIT. DE LA LÉGITIME

SOMMAIRE : 49. Nature de la légitime dans les Pays de droit écrit. Suivant l'opinion commune, elle était *pars bonorum*. Conséquence de cette doctrine. — 50. Personnes auxquelles appartenait la légitime : la légitime des descendants. — 51. La légitime des ascendants. — 52. La légitime des frères et sœurs. — 53. La quotité de la légitime. — 54. De l'édit de Saint-Maur. — 55. Computation des légitimaires pour le calcul de la légitime. — 56. Du titre auquel la légitime devait être laissée. — 57. En quels biens devait-elle être fournie ? — 58. Disparition de la *querela in officiosi testamenti*. — 59. Du testament d'un militaire.

APPENDICE : 60. *De la réserve coutumière.*

49. — Quoique dans les pays de droit écrit la législation romaine, (le code Théodosien d'abord, puis à partir du douzième siècle les Novelles de Justinien) formât la base des institutions de ce pays, néanmoins nous allons voir que le système de la légitime tel qu'il y fonctionnait présentait quelques différences avec la légitime romaine, résultant des usages et de l'esprit du peuple français.

50. — Quelle était la nature de la légitime dans les pays de droit écrit ? Était-elle, pour me servir d'expressions dont le sens nous est connu, *pars hereditatis* ou *pars bonorum* ?

De même que dans les pays de coutumes, cette question était vivement débattue parmi les jurisconsultes qui écrivaient sur le droit en vigueur dans les provinces méridionales de la France. Domat se prononçait dans le premier sens. « La légitime, dit-il, est une portion de l'hérédité que les lois affectent aux mêmes personnes qu'on ne peut priver de la qualité d'héritier et à qui elles donnent le droit de se plaindre des dispositions inofficieuses. Ce qui a fait que la liberté de disposer à leur préjudice a été borné, de sorte qu'il leur reste une partie de l'hérédité dont on ne puisse les priver par aucune disposition<sup>1</sup> ». Fachineus enseignait également que la légitime est *pars hereditatis*. Comme dans le passage où il traite cette question, se trouvent très bien résumés les arguments que l'on ferait valoir à l'appui de cette manière de voir, qu'il me soit permis de le citer en entier. Le jurisconsulte, après avoir exposé l'opinion contraire, ajoute : *Sed solis, non obstantibus, ergo puto : hanc communem (sententiam) non esse veram... Motus primo ex d. authentica novissima, ubi legitima est triens vel semis pro numero liberorum. Ergo est pars hereditatis, quia hereditas dividitur in duodecim uncias ? hereditas, instit. de heredib. institum. Secundo ex l. cum Patronus, de legatis 2 uncta glossa ubi legitima appellatur debita pars hereditatis. Tertio ex l. ita tamen § si patronus ff. ad Trebel, ubi idem probatur. Quanto ex l. simus § cum autem. C. de inof. test. ubi similiter legitima dicitur pars hereditatis. Quinto : quia legitima debet relinqui titulo institutionis § aliud quoq ! in auth. ut cum de app. cogn. ergo filius dicitur esse hæres institutus in legitimæ.*

<sup>1</sup> Domat. *Les lois civiles dans leur ordre naturel*. Paris 1777, liv. III, tit. III, sect. I, art. 4, p. 716.

*Si est heres : ergo habet hæreditatem aliquam. Non enim hæres intelligi potest absque hæreditate : sed non habet totam hæreditatem. Ergo habet partem. Sexto. Legitima dicitur pars substantiæ in auth. de triente et semisse. Substantia autem accipitur pro patrimonio l. ultima. C. de verbo. signif. Patrimonium est hereditas. l. 3 de bonorum possess. Septimo quia si legitima esset pars bonorum, filius, posset eam deducere et relinquam hæreditatem, repudiare, l. filio poter, de leg 2. Sid hoc est falsum, quia filius non potest hoc facere, ut probatur in l. 1, 2, in l. si solus, de acquer hæred dixi. libro quarto contr. C. 65. Addo nunc Vasquium in d. authentica novissima post. n. 215 — Tiraq. de iure primog. quart. 35 m. 10. Postremo moveor : quia legitima peti potest actione petitionis hæreditatis, et familiæ ercircundæ et similibus ; quæ dantur inter hæredes et hæredibus copetunt ut notat Alexander ex lege quia poterat. coll. penult ff. ad Trebellianiem <sup>1</sup>. »*

Ainsi on considérait la légitime comme une portion de l'hérédité pour trois motifs principaux : d'abord parce que la Nouvelle XVIII en fixait la quotité *au tiers ou à la moitié de la succession*, suivant le nombre des enfants ; or ce tiers ou cette moitié n'est évidemment qu'une fraction de la succession entière ; en second lieu parce que les textes la qualifiaient expressément de *pars hereditatis*, enfin parce que la Nouvelle CXV exigeait l'institution du légitimaire dans le testament.

<sup>1</sup> Andreæ Fachinei, jurisconsulti foroliviensis. Controversiarum juris, libri Tredecim. Coloniae Agrippinæ 1659, lib. XII, cap. IV : *an legitima sit pars quota bonorum vel hereditatis*. — aussi en ce sens : *De successionibus et ultimis voluntatibus. D. Ferdinandi vasqui*. — Impressum Francofurti ad Mænum. Anno M. D. LXXVII. — Lib II, Pars. III, *Requisitum XLII*, et *repetit auth. Novissi. N° 211*.



Cette doctrine ne prévalut pas, et la majorité des auteurs enseignaient, au contraire, que la légitime était *pars bonorum*. Tout d'abord telle est l'opinion de Bartole ; *Istud displicet mihi plus nam legitima filii est quota bonorum deducto ære alieno et funeris impensa... quarta bonorum ære alieno deducto non est pars hereditatis, ergo non habetur loco hæredis*<sup>1</sup>. Favre dit la même chose : *constat legitimam non hereditatis portionem esse, sed bonorum*<sup>2</sup>. Dumoulin partageait également cet avis. Plus tard Serres<sup>3</sup> professait ; « que cette légitime, comme on le dit communément, est *quota pars bonorum non hereditatis*, ce qui signifie que les légitimaires ne sont pas tenus des dettes passives de l'hérédité, parce que la légitime n'est prise que sur ce qui reste du patrimoine, après que les dettes en ont été déduites et que l'héritier retenant la valeur du montant des dettes, ne peut pas, par conséquent se dispenser d'en faire le paiement. » Enfin Furgole prêtait à cette opinion l'appui de son autorité. « La légitime n'est pas, dit-il, une portion de l'hérédité, mais de biens du défunt, que la loi sépare et détache de plein droit du patrimoine, pour l'attribuer aux légitimaires, même contre la volonté du père, sans qu'il puisse lui imposer aucune condition, charge, ni deloi qui soient rejetées de plein droit<sup>4</sup> ».

<sup>1</sup> Bartole *in lege ex facta* 35 ff. de hæredibus instituendis.

<sup>2</sup> *Codex Fabrianus. Definitionum forensium et rerum in sacro Sabaudie senatu tractarum*. Genève, 160.

<sup>3</sup> Serres. *Les institutions du droit français*. Paris 1778, Liv. II, tit. XVIII, § 4, p. 205.

<sup>4</sup> Furgole *Traité des Testaments*, ch. X, sect. II, n° 40, p. 245, éd. de 1779, et chp. VIII, sect. III, n° 77 et 79. — Voy. aussi Boniface *Arrêts notables de la cour du Parlement de Provence. Cour des comptes, aydes et Finances du même Pais*. — Lyon 1708 liv. III, tit. III, ch. I, n° 10, p. 160, t. II.

Cette doctrine s'appuyait sur la Nouvelle 92 de Justinien qui décidait que le légitimaire pourrait, sans prendre la qualité d'héritier, retenir la légitime sur les biens qui lui ont été donnés. On ajoutait que d'après le § 7 du titre V liv. IV des sentences de Paul, et les lois 4, Code Théod. II 49 et 30. pr C. III. 28, si l'héritier institué dans sa légitime n'en était pas entièrement rempli, il n'avait qu'une action en supplément, purement personnelle, une *conditio ex lege* qui ne supposait pas nécessairement la qualité d'héritier. Si on objectait que la Nouvelle CXV exigeait l'institution du légitimaire dans le testament, on répondait que d'après la loi 13 code *hæred. instit.*, l'institué *in re certa* n'était qu'un légataire, que le légitimaire institué ne jouissait que des avantages attachés au titre d'héritier, et ne subissait que les charges d'un légataire particulier, que Justinien n'avait ordonné l'institution qu'en l'honneur des légitimaires et dans leur intérêt et avait maintenu les conséquences qui lui étaient favorables <sup>1</sup>.

De cette doctrine résultait les conséquences suivantes : 1° La légitime étant attribuée au légitimaire en sa qualité de proche parent, celui ci pouvait, tout en renonçant à la succession, réclamer sa part légitimaire par voie d'action ; en d'autres termes, la renonciation à l'hérédité n'entraînait pas celle à la légitime. Pour qu'il en fût ainsi, il fallait une renonciation spéciale, Le parlement de Toulouse jugeait constamment en ce sens. Furgole en rapporte un arrêt du 2 mai 1726 rendu en la Grande Chambre, en faveur de Jean Caulbert, avocat et procureur au sénéchal de Limour contre Jean

<sup>1</sup> Voët *Pandectes. De inof. test.* n° 44 et 45.

Rigaud, coseigneur de Corneille <sup>1</sup>. 2° Les biens retranchés des donations réductibles échappaient à l'action des créanciers héréditaires. Cependant il ne faut pas croire que les auteurs qui considéraient la légitime comme une portion de l'hérédité donnaient une solution contraire ; ils admettaient eux aussi, cette conséquence ; mais pour concilier l'intérêt des légitimaires avec la nature qu'ils assignaient à la légitime, ils disaient qu'elle est une *pars hereditatis privilegiata*. 3° Le légataire n'était pas tenu personnellement des dettes de la succession ; puisque la légitime ne se prenait qu'après déduction des dettes : les créanciers héréditaires ne pouvaient agir qu'hypothécairement contre lui, comme détenteur de l'immeuble affecté à la sûreté de sa créance. Si postérieurement ou découvrait des nouvelles dettes, le légataire ne pouvait être poursuivi que jusqu'à concurrence des biens qu'il détenait du défunt <sup>2</sup>.

**50. — A quelles personnes appartenait la légitime ?**

Elle appartenait en premier lieu aux enfants ou descendants légitimes, nés dans le mariage des père et mère. Les bâtards en étaient exclus, puisqu'ils ne succédaient pas : ils n'avaient droit qu'aux aliments. Voici comme Roussilhe s'exprime à cet égard : « Parmi nous suivant notre jurisprudence française, on accorde aux bâtards simplement des aliments, parce qu'on les regarde comme créanciers domestiques, qu'il faut traiter d'autant plus favorablement qu'ils sont les fruits innocents du crime de leur père et qu'est assez qu'ils portent sur le front les marques du vice dont ils sont la production, sans qu'on leur refuse le secours de l'humanité ;

<sup>1</sup> Furgole *op. cit.* ch. X, sect. II, n° 40, p. 246.

<sup>2</sup> Serres *op. cit.* liv. II, titre XVIII, p. 205, § 1.

aussi comme les bâtards sont les effets trop proches de la débauche et de la pudeur violée, les lois ont voulu retrancher la licence de mal faire en laissant toujours quelques traces de l'infamie et de l'indignité de leur naissance. De là le refus de notre jurisprudence de leur accorder une légitime et de permettre qu'on dispose en leur faveur au delà des aliments «<sup>1</sup>. Notons cependant que les bâtards légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère étaient assimilés aux enfants légitimes.

Dans quelques pays la liberté de tester avait prévalu sur la protection qu'on cherchait dans d'autres provinces à donner aux enfants. C'est ainsi que plusieurs Parlements ne permettaient aux enfants d'attaquer le testament de leur ascendant qu'autant qu'ils n'y figuraient pour aucune part. Suivant la coutume de Toulouse le père devait instituer ses enfants ou leur faire un legs de cinq sous, pour attester du moins qu'il a pensé à eux (le legs de cinq sous étant la forme de l'exhérédation, employée dans l'ancien usage de Toulouse.) Dans ce dernier cas les enfants n'avaient ni la plainte d'inofficiosité, ni une action en supplément<sup>2</sup>. Mais il y avait exception à ce principe dans le cas où le père laissait d'autres enfants et d'autres biens, dans un autre pays.

Certaines coutumes du Midi privaient la fille dotée et

<sup>1</sup> Roussilhe *op. cit.* n° 32 p. 64, et les autorités qu'il cite.

<sup>2</sup> Noverint etc. Quod usus est et consuetudo est Tolosæ quod nemo quilibet masculus tenetur et debet filium seu filios instituere hæredem vel hæredes in testamento suo, vel dare ei in dicto testamento aliquid, scilicet quinque solidos Tolosanos, vel amplius de bonis suis... Voy. Casaveteri : *Consuetudines Tolosæ cum declarationibus*. Tolosæ 1544, fol. 65 verso, et Richebourg *op. cit.* t. IV, p. 4059

mariée de tout droit dans la succession de son père : l'art. 50 de la coutume de Toulouse portait en effet : *Consuetudo est Tolosæ seu usus. Si aliquis pater maritaverit vel dotaverit filiam vel filias suas, et in testamento suo relicto alio filio suo, vel filiis hæredibus, aut aliquo extraneo, vel etiam se pater sine testamento decesserit alii filio suo sive filiis superstitibus, illa filia seu filix maritatæ ab ipso patre, et dotata non possunt ipso patre mortuo, de bonis dicti patris aliquid petere, vel habere quamvis etiam dictus pater in testamento suo (si fecerit) illi filix vel filiabus nihil reliquerit sic dotatis<sup>1</sup>. » Et la coutume de Montpellier décidait également que si le père en mariant sa fille, lui avait fait une part dans ses biens ou un don quelconque de fief, la fille dotée ne pourrait rien réclamer de plus dans la succession paternelle, à moins de volonté expresse : *Pater qui maritat filium vel filias suas cum hereditate averio vel honoris, vel hereditat eas cum averio vel honore, postea non possunt ille filix aliquid petere in bonis paternis, nisi pater eis dimiserit* <sup>2</sup>. — Dans les coutumes qui ne prononcent pas l'exclusion de la fille mariée, on lui reconnaissait cependant la faculté de renoncer, dans son contrat de mariage et moyennant une dot, à la succession future de son père. Cet usage ne s'introduisit dans les pays de droit écrit que par l'influence du droit canonique. Mais alors naissait la question de savoir si la fille renonçante serait admise à exiger un supplément de légitime dans le cas où la dot*

<sup>1</sup> Richebourg, t. IV, p. 1051. *Tertia pars. De dotibus.*

<sup>2</sup> Voy. l'art. 12 de la coutume de Montpellier dans l'ouvrage de M. Guiraud intitulé : *Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge* 1846, t. I, voy. la fin du volume : *Pièces justificatives. Chartres e coutumes.* Première partie, page 51.



était inférieure? La difficulté ne s'élevait pas dans la coutume de Bordeaux puisqu'elle s'expliquait formellement à cet égard : « Si le père a baillé dot à sa fille et au contrat de mariage, elle renonce aux biens paternels avec serment, soit majeure ou mineure, ne pourra venir à la succession de son père, ne demander supplément de légitime, si non que le père en ordonnait autrement<sup>1</sup>. » Le parlement de Toulouse, n'observait pas l'art. 5 de la coutume de Toulouse, et distinguait suivant que la renonciation portait sur l'hérédité ou seulement sur la légitime. Dans le premier cas, il admettait la fille à réclamer un supplément ; dans le second, il lui refusait ce droit. Cependant la fille pouvait, pour cause de *lésion énorme*, obtenir des lettres de rescision (qu'elle devait réclamer dans les 10 ans du décès de son père) afin de se faire relever de sa renonciation. Voici l'espèce d'un arrêt rendu par le parlement de Toulouse le 8 jan. 1887. Catherine de Masneau avait renoncé à l'hérédité de son père, moyennant une dot de mille livres. A sa mort, ce dernier laissa une succession dont les forces s'élevaient à 3,000 écus. Malgré l'énorme lésion qui en résultait pour la fille, celle-ci garda le silence pendant 25 ans : puis se ravissant, elle intenta une action en supplément de sa légitime. Son adversaire lui opposa la fin de non recevoir résultant de l'expiration de dix ans fixée par l'ordonnance. La cour, ne s'attachant point à l'idée de lésion, donna gain de cause à la demanderesse par le motif qu'elle n'avait pas renoncé, dans son contrat de mariage, d'une manière expresse au complément de la légitime, mais seulement à la succession et que la renonciation à l'hé-

<sup>1</sup> Richebourg, t. IV, p. 897. Art. 67, de la cout. de Bordeaux.

réité n'entraînait pas celle au supplément de la part légitimaire <sup>1</sup>. — Les autres parlements des pays de droit écrit, rejetaient cette distinction et refusaient à la fille toute action à l'effet de réclamer une part de légitime. Telle était la jurisprudence du parlement de Paris. Dumoulin cite en ce sens un arrêt du 7 sept. 1532 : *Ut etiam si constet de enormi læsione et quod pater vel mater dedit ei minus legitimæ non restituatur, nec ad supplementum legitimæ admittatur, et ita sæpe vidi judicari, ut, per famosissimum illud arrestum, classibus congregatis, latum die 7 septembris, anno 1532* <sup>2</sup>. » Lapeyrere atteste, que telle était également en dernier lieu, la jurisprudence du parlement de Bordeaux <sup>3</sup>. Espilly rapporte que le parlement de Grenoble jugeait de même, et cite un arrêt du 22 déc. 1545 <sup>4</sup>. Mais au moins, plus tard, la fille renonçante n'eut-elle pas le droit de réclamer le supplément de légitime en vertu de l'art. 52 de l'ordonnance de 1735 ? M. Boissonnade pense que oui <sup>5</sup>. Ce n'est pas mon avis : l'art. 52 ne visait que les dispositions testamentaires, il nes'occupait nullement des renonciations contractuelles, qui dès lors restèrent soumises aux règles antérieures. En voici d'ailleurs les termes : « Ceux à qui *il aura été laissé moins que leur légitime à titre*

<sup>1</sup> *Arrests notables du parlement de Toulouse, recueillis par Bernard de la Roche-Flavin. Toulouse 1745, p. 172.* — Voy. aussi la note *b* dans le Recueil de Richebourg, t. IV, p. 1051.

<sup>2</sup> Dumoulin. *Conseil d'Alexandre* liv. III, conseil 29. — En ce sens aussi un arrêt du 13 avril 1585. Voy. Louët *op. cit.* Lettre R. XVII, n° 5. p. 498. — Bretonnier sur Henrys, t. II, L. IV, ch. III, quæst. XII, p. 210.

<sup>3</sup> Lapeyrere. *Décisions sommaires du Palais.* Lettre R. n° 46, p. 367.

<sup>4</sup> Espilly. *Plaidoyez. Ensemble plusieurs arrêts.* ch. XIV, p. 554.

<sup>5</sup> Boissonnade. *Res héréd.* p. 334.

*d'institution* pourraient former leur demande en supplément de légitime : ce qui aura lieu à l'avenir dans les pays mêmes dans lesquels ladite demande n'a pas été admise jusqu'à présent ou a été prohibée dans certains cas<sup>1</sup> ».

51. — Dans le midi de la France, par application du droit romain, la légitime existait au profit des *ascendants* tout aussi bien qu'en faveur des descendants. Elle n'y avait point le caractère anormal et exceptionnel qu'elle présentait dans les pays de coutumes. Voici en quels termes l'art. 47 de la coutume de Bordeaux l'établit : « Si celui qui décède qui a père ou mère ou autres ascendants, iceux père ou mère ou autres ascendants succéderont au tiers (les trois faisant le tout des dits biens, venus par succession) pour leur légitime<sup>2</sup> ». Et l'art. 64 ajoute : « Et le père et la mère ou autres ascendants, auront même légitime et telle qualité pour icelle quand il fera testament (ès cas ou il le pourra faire) comme si le fils mourroit sans en faire. Et s'il luy laissoit moins, pourra demander le supplément d'icelle<sup>3</sup> ». La jurisprudence du Parlement de Toulouse accordait une légitime à la mère, quoiqu'elle ne fût, d'après la coutume de Toulouse, exclue de la succession *ab intestat* de son enfant, décision évidemment logique, puisque nous savons que la légitime était attribuée aux légitimaires, non pas en leur qualité d'héritiers, mais de proches parents<sup>4</sup>. La règle coutumière suivant laquelle

<sup>1</sup> Voy. aussi Merlin *Rép. secr.* § III, art. II, n° 2.

<sup>2</sup> Richebourg, t. IV, p. 896.

<sup>3</sup> Richebourg, t. IV, p. 897.

<sup>4</sup> Voy. les arrêts que cite Merlin d'après La Roche-Flavin sect. III, § II, art. 3.

les parents d'une ligne des propres, étaient exclus de l'autre ligne, ne s'y appliquaient pas et la légitime des ascendants paternels, se prenait, à défaut d'autres biens suffisants, sur les propres maternels et réciproquement.

52. — A défaut de descendants ou d'ascendants, la légitime était due aux *frères et sœurs* aux mêmes conditions qu'en droit romain. Il fallait donc 1° que le testateur ait institué une *persona turpis* (un comédien, un criminel, une concubine, un enfant naturel même légitime). « La raison en est, dit Roussilhe, qu'une telle préférence et un choix si injurieux aux frères et sœurs, donnent lieu de croire qu'il n'y a qu'un aveuglement excessif, qui puisse porter un homme à priver de son hérédité, des personnes si proches par les liens de la nature, pour la laisser à des personnes infâmes<sup>1</sup>. 2° Qu'ils fussent les frères et sœurs germains ou consanguins du défunt. Les utérins en étaient privés<sup>2</sup>. A plus forte raison, la légitime était-elle refusée à tous les autres collatéraux. Comme les articles 50-53 de l'ordonnance de 1735 prescrivait l'institution des légitimaires à peine de nullité, la prétérition des frères et sœurs rendait le testament nul de plein droit.

53. — J'arrive à la *quotité* de la légitime dans les pays de droit écrit.

La quotité de la légitime était celle que fixait la Nouvelle

<sup>1</sup> Roussilhe *op. cit.* t. I, sect. IV, p. 115, n° 84.

<sup>2</sup> Voy : Serres *op. cit.* Liv. II, tit. XVIII, § 1, p. 206. — Guy de Rousseaud de la Combe *vo légitime* sect. I, n° 3, p. 381. — Lebrun liv. II, ch. III, section II, n° 20 et suiv. — Despeisses, tome II, part. I, tit. IV, sect. I, n° 5, p. 361, — Ricard *Traité des Donations entre vifs*. III, partie, chap. VIII, section III, n° 910. — Furgole *Traité des testaments* t. II, ch. VIII, sect. III, n° 94. p. 755, et ch. VIII, sect. II, n° 20-23. — Roussilhe *op. cit.* sect. IV, n° 85, p. 116, tome I.

XVIII, c'est-à-dire d'un tiers quand les enfants ne dépassaient pas le nombre de quatre et d'une moitié lorsque le défunt en laissait cinq ou un plus grand nombre. Mais était-ce le tiers ou la moitié de la part héréditaire *ab intestat* de chaque enfant, ou bien le tiers ou la moitié du patrimoine, de la succession entière. En m'occupant du droit romain, je me suis attaché à démontrer que la Novelle XVIII avait simplement augmenté la quotité de la légitime, mais non pas changé sa nature.

Nous savons aussi que la Novelle XVIII avait augmenté également le montant de la part légitimaire des ascendants. Les objections qu'on a élevées à ce sujet ne me paraissent pas fondées et je les ai réfutées ailleurs. Il était donc au moins d'un tiers. Mais pouvait-il arriver que la légitime montât jusqu'à la moitié? Lebrun répond négativement « parce que les ascendants ne peuvent pas être plus de quatre savoir les père et mère ou bien les deux ayeuls de chaque côté »<sup>1</sup>. M. Boissonade tout en admettant cette solution, la justifie par une autre raison. « Nous avons déjà, dit-il, repoussé cette solution pour l'époque de Justinien, non par le motif donné par plusieurs auteurs que l'on ne peut avoir plus de quatre ascendants, (on peut, théorétiquement) du moins, avoir jusqu'à huit bisaïeuls et bisaïeules vivants, mais vous pensez que les aïeules et les bisaïeules ne peuvent, réunis, avoir plus de droit que les père et mère dont ils prennent la place et que le prédécès de ceux-ci ne doit pas diminuer le disponible aux mains de l'enfant<sup>2</sup>. »

<sup>1</sup> Lebrun liv. II, ch. III, n° 23.

Boissonnade *op. cit.* p. 339.



On se demandait comment devait se calculer la légitime des ascendants lorsqu'ils étaient appelés à la succession *ab intestat* en concours avec les frères et sœurs et qu'ils étaient dépouillés par un testament inofficieux à leur égard, alors que ce testament ne l'était pas à l'égard des frères. Dans ce cas pouvaient-ils réclamer le tiers (pour parler de l'hypothèse la plus fréquente) de toute la succession, ou seulement le tiers de la part héréditaire *ab intestat* qu'ils auraient recueilli, si le défunt n'avait pas testé? Bartole soutenait celle dernière opinion en s'appuyant sur ce qu'en droit romain la légitime était *quarta legitimæ portionis*, et sur ce que ni la Novelle XVIII ni la Novelle CXV n'en avaient changé la nature<sup>1</sup>. Balde, Fachinæus, Perez estimaient, au contraire, que la légitime devait être du tiers de toute la succession; d'une part, ils alléguaient les termes mêmes de la Novelle XVIII: *tertiam rem mediam totius substantiæ patris*; d'une autre part, ils faisaient valoir cette considération que les frères, n'ayant pas dans cette hypothèse droit à une légitime, il ne serait pas juste de diminuer celle des ascendants<sup>2</sup>. Dans une troisième opinion on disait qu'il fallait distinguer si les frères préférés aux ascendants étaient des frères et sœurs du défunt ou des étrangers. Dans le premier cas, ils n'auraient que le tiers de ce qu'ils auraient eu *ab intestat*; dans le second, le tiers de la succession entière<sup>3</sup>. Le parlement de Toulouse suivait cette dernière doctrine. D'Olive en rapporte quatre ar-

<sup>1</sup> Barsole sur la loi *pater filium ff de inof. test.*

<sup>2</sup> Balde. Sur la loi *Plané* 34 § *si duobus de lege* 1. — Fachinæus. *Controversiæ* l. 4, c. 29. — Perez. Sur le titre du code *de inof. test.* n° 32.

<sup>3</sup> Lebrun, liv. II. ch. III, sect. III, 28.

rêts en ce sens<sup>1</sup>. Le parlement de Grenoble admettait l'opinion de Balde. Expilly en cite deux arrêts auxquels on peut en ajouter un troisième du 5 mai 1641, rendu *consultis classibus* et rapporté par Basset<sup>2</sup>. Le parlement de Bordeaux suivait la même jurisprudence; c'est ce qu'atteste Lapeyrère<sup>3</sup>. D'ailleurs la coutume de Bordeaux contenait sur ce point une disposition formelle dans les articles 17 et 64 que j'ai déjà reproduits. Le parlement de Province jugeait de même<sup>4</sup>. Le parlement de Paris décida d'abord par un arrêt du 22 mars 1633 que la légitime des ascendants était du tiers de la part héréditaire *ab intestat*. Mais postérieurement, par un arrêt du 10 juillet 1671, il adopta la distinction faite par le Parlement de Toulouse<sup>5</sup>. — L'ordonnance de 1735 fit cesser ces divergences en ordonnant que la légitime des ascendants devrait se calculer sur toute la succession. L'art 61 porte en effet: « La quotité de la légitime des ascendants dans les lieux où elle leur est due, sur les biens de leurs enfants ou descendants qui n'ont pas laissé d'enfants et qui ont fait un testament, sera réglée, eu égard au total des dits biens, et non sur le pied de la portion qui aurait appartenu aux dits ascendants, s'ils eussent recueilli les dits biens *ab intestat*, concurremment avec les frères germains du défunt. Ce qui aura lieu, soit que ledit défunt ait institué héritiers

<sup>1</sup> D'Olive. *Questions notables du droit, décidées par divers arrêts de la cour du Parlement de Toulouse*. Toulouse 1682, p. 438, et 439.

<sup>2</sup> Expilly *op. cit.* — Basset, t. I, liv. 5, titre II, chp. I.

<sup>3</sup> Lapeyrère *op. cit.* Lettre n° 36, p. 213 et n° 70, p. 219.

<sup>4</sup> Arrêt du 22 juin 1626. Voy. Boniface *op. cit.* t. V, liv. I, tit. XXI, ch. VI, p. 105.

<sup>5</sup> Ricard. III, part. ch. VIII, sect. VI, n° 1024-1029.

ses frères ou sœurs ou qu'il ait institué des étrangers <sup>1</sup>. »

54. — J'ai parlé jusqu'ici de la légitime des ascendants en général. En ce qui touche celle de la mère, il y avait une difficulté spéciale. On sait que le Sénatus-Consulte Tertullien appela le premier la mère, à la succession *ab intestat* de son fils ou de sa fille. Or comme le droit romain ne distinguait pas, au point de vue de la transmission héréditaire, l'origine des biens, il en résultait que contrairement à l'esprit général de l'ancien droit, les immeubles propres que le fils ou la fille avaient recueillis dans la ligne paternelle passait dans une autre famille. Pour remédier à cet inconvénient Charles IX par un édit donné à St Maur au mois de mai 1567 et connu sous le nom d'*Edit des Mères*, abrogea les anciennes constitutions romaines, le Sénatus-Consulte Tertullien, la Novelle CVIII et réduisit le droit de la mère dans la succession de son fils aux meubles et acquêts et à l'usufruit de la moitié des propres <sup>2</sup>.

L'édit des Mères n'était observé que dans les pays de droit écrit et encore pas dans tous ces pays. Ainsi le pays de Dauphiné qui prétendait ne s'être soumis à la France, qu'à la condition qu'il ne serait rien changé à ces anciennes coutumes, suivait les règles du droit romain <sup>3</sup>. Maynard <sup>4</sup> et d'Olive <sup>5</sup> attestent que hors le Gardinage de Toulouse, le Parlement de Toulouse n'obser-

<sup>1</sup> Recueil général d'ordonnances Isambert, etc. p. 398.

<sup>2</sup> Recueil Général p. 223, t. XIV.

<sup>3</sup> Chopin, liv. 3, titr. 9, n° 19.

<sup>4</sup> Maynard. *Notables et singulières questions de droit écrit jugées au parlement de Toulouse*. Toulouse 1751, liv. II, ch. 7, p. 186.

<sup>5</sup> D'Olive *op. cit.* liv. V, ch. 27, p. 754.

vait pas l'édit des Mères. Il en était de même du parlement de Guyenne. Cependant le Parlement de Paris l'appliquait dans les Provinces de droit écrit de son ressort.

Quel était le montant de la légitime de la mère dans les provinces qui observaient l'édit de Saint-Maur? La réponse faisait difficulté. Voici la théorie de Lebrun à cet égard : il distinguait suivant que l'institué était un héritier présomptif ou un étranger. Dans le premier cas, il décidait que la légitime de la mère serait du tiers en propriété des meubles et acquêts, et du sixième des propres en usufruit, en d'autres termes, du tiers de la portion *ab intestat* que lui attribuait l'édit. Sa solution était logique puisque la légitime n'était qu'une portion de la part héréditaire *ab intestat*. Il cite en ce sens un arrêt du 6 juillet 1691. — Dans le second cas, comme les motifs de l'édit n'existaient plus, Lebrun fixait la légitime au tiers de tous les biens en propriété<sup>1</sup>. C'est ce qui fut jugé par un arrêt du 28 novembre 1879<sup>2</sup>. — Claude Henry donnait comme légitime à la mère le tiers de la part héréditaire fixée par l'édit, sans distinguer si l'héritier institué était un héritier présomptif ou un étranger<sup>3</sup>. Le Parlement de Province, plus favorable à la mère, déterminait sa légitime, sans distinguer non plus la qualité de l'institué, au tiers de tous les biens en propriété. Cette jurisprudence fut établie par plusieurs arrêts, notamment par un arrêt général, chambres réunies, du

<sup>1</sup> Lebrun liv. II, ch. III, sect. III.

<sup>2</sup> René Chopin. Sur la coutume d'Anjou, liv. III, ch. III, II, n° 5. Voy. aussi un arrêt du 9 juillet 1683 dans *Journal du Palais* IX, Partie, p. 222. — Renusson. *Traité des propres*, ch. II, sect. XX, n° 20.

<sup>3</sup> OEuvres de Claude Henrys. Paris 1772. Liv. VI, quest 50<sup>e</sup> p. 910.

22 juin 1626<sup>1</sup>. Bretonnier l'approuvait en ces termes : « J'y souscris volontiers, non seulement parce qu'elle est plus favorable à la mère qui mérite toutes sortes de faveurs, mais encore parce qu'elle est simple et qu'elle tend à retrancher les procès, ce qui doit être la principale vue d'un bon législateur et le désir de tous ceux qui ont le cœur droit. »

L'édit des Mères fut révoqué par Louis XV en 1729<sup>2</sup> : en effet il avait été rendu dans l'intérêt personnel du Maréchal de Montluc. Cette raison seule devait le faire rejeter. En outre les termes en étaient obscurs et ambigus : aussi Cujas l'appelait-il *ambitosum decretum* et Mornac *edictum adulterium* ; enfin il donnait naissance à un nombre infini de contestations et à une incertitude perpétuelle dans la jurisprudence ; de sorte que non seulement les divers tribunaux jugeaient différemment des questions absolument semblables, mais encore dans le même tribunal elles n'étaient pas toujours décidées de la même manière. L'édit de 1729 ordonna que la succession du fils ou de la fille serait dévolue à la mère d'après les règles du droit romain, comme avant l'édit de Saint-Maur, sauf les dispositions contraires des coutumes qui ne suivaient pas en tous points les lois romaines.

55. — J'arrive à une question importante : quels étaient les enfants qui comptaient pour le calcul de la légitime ?

Pas de difficulté pour ceux qui, appelés à la succession, en recueillaient réellement une part : on en tenait

<sup>1</sup> Voy. Jacques Morgues. *Les statuts et coutumes du Pays de Provence*. Aix 1658, p. 224.

<sup>2</sup> Voyez Recueil général t. XXI, p. 326.



compte, cela est évident. Mais que décider à l'égard de l'exhéréhé? Cette question se dédouble en quelque sorte : *primo*, celui qui était exhéréhé faisait-il nombre? *secundo*, en admettant l'affirmative, à qui profitait sa part? En d'autres termes, et en supposant cinq enfants, dont l'un exhéréhé, la légitime était-elle d'un tiers ou de la moitié? et en admettant qu'elle fût d'une moitié, la part de l'exhéréhé (le dixième dans notre hypothèse) accroissait-elle aux parts des autres légitimaires, ou bien diminuait-elle d'autant la réduction à subir par les légataires ou donataires, qui devaient compléter la légitime?

Dans un premier système, on soutenait que l'exhéréhé faisait nombre et que sa part profitait aux autres légitimaires. C'était l'opinion de Domat <sup>1</sup>, de Furgole <sup>2</sup> et de Charondas <sup>3</sup>. Voici comment s'exprime Furgole : « Je me fonde sur la disposition de la Novelle XVIII, ch. 1 à laquelle les auteurs n'ont pas fait assez d'attention ou du moins n'en ont pas bien pénétré l'esprit, ni par conséquent, connu la véritable nature de la légitime dans les pays de droit écrit, car quoique suivant les principes de l'ancien droit romain dans la loi Papianus 8 § 6 de inof. test. les lois 8 et 31 Code eod et quelques autres textes, la légitime fut une portion de la portion ab intestat, cela a été changé par la Novelle XVIII ch. 1... elle assigne le tiers ou la moitié de la *substance ou des biens à tous les enfants* pour en faire la division entre eux par égales parts et portions. » Il ajoute : « la fixation de la légitime n'a aucun rapport, ni aucune liaison avec la fa-

<sup>1</sup> Domat *op. cit.* liv. III, tit. III, sect. II, n° 4, p. 715.

<sup>2</sup> Furgole ch. VIII, sect. II, § 149, p. 677.

<sup>3</sup> Charondas *Pandectes du droit françois*, liv. III, chp. XII, (1637), p. 479 *in medio*.

« culté de succéder ab intestat : il n'y a d'autres règles  
 « que le nombre des enfants existants. Si donc il y a des  
 « enfants qui ne peuvent pas prendre part aux biens assi-  
 « gnés pour la légitime, le retranchement qui est pris, de  
 « plein droit sur le patrimoine du défunt, du tiers ou de la  
 « moitié de la substance, fait que, tandis qu'il y a quelque  
 « enfant capable de recueillir cette portion, il n'en doit  
 « jamais rien accroître à l'hérédité ni rentrer dans la suc-  
 « cession ; mais le partage en doit être fait par égales  
 « portions, entre les enfants qui se trouvent existants et  
 « capables tout comme on le voit pratiquer dans les pays  
 « coutumiers à l'égard des quatre quints ou autre portion  
 « des propres que les coutumes destinent et assignent aux  
 « héritiers du sang. » A mon avis, Furgole commet une  
 erreur et une confusion. Il prétend que Justinien a  
 changé la nature de la légitime ! Non, la Novelle XVIII  
 n'a point changé le caractère tout individuel de la légi-  
 time : l'Empereur s'est borné, je l'ai déjà dit et répété  
 plusieurs fois, à en augmenter la quotité qui lui parais-  
 sait trop modique ; voilà tout. Furgole veut appliquer à  
 la légitime les règles de la réserve coutumière ; mais  
 c'est confondre les deux institutions bien distinctes l'une  
 de l'autre : celle-ci ayant pour but la conservation des  
 biens dans la famille ; celle-là, au contraire, d'assurer  
 la substance des plus proches parents.

Dans un second système, on décidait que l'exhéredé  
 ne devait pas être compté et que sa part profitait aux  
 autres légitimaires. Cujas<sup>1</sup>, Voët<sup>2</sup>, Dumoulin<sup>3</sup>, Ferrière<sup>4</sup>,

<sup>1</sup> Cujas sur la Novelle 18.

<sup>2</sup> Voët *Pandecta* liv. II, tit. II de inof. test. n° 50, p. 306.

<sup>3</sup> Dumoulin *Conseil* 35 n° 12 et *Conseil* 29 n° 7.

<sup>4</sup> Ferrière sur le § 6, 1 de inof. test.

Ricard<sup>1</sup>, Lebrun<sup>2</sup>, Bretonnier<sup>3</sup>, Pothier<sup>4</sup>, enseignaient cette opinion sous des formes diverses. *Aliud dicendum est in exheredato*, dit Cujas, *qui repudiavit, vel qui repudians animo non egit et non obtinuit, exclusus forte præscriptione temporis vel agnitæ voluntatis. Nam hic partem non facit... hoc casu exheredatus pro mortuo habetur... exheredatus partem non facit, id est ejus persona non computatur.* Et Dumoulin est très explicite : « *Nemo facit partem in legitima nisi concursu... De conditione et utilitate ipsius legitimæ est, ut in eo locus sit juri accrescendi, quæ commoditas et utilitas etiam substantiam ipsius legitimæ concernit ut patet ad sensum. Ergo jus illud accrescendi in legitima quod non minus competit liberis communiter quam ipsa legitima non potuit impediri, nec deterius fieri, quamquam acto machinamento vel dispositione ipsius parentis.*

Notons avec soin que si tous ces auteurs que je viens de citer s'accordaient pour ne pas compter l'exhéredé, ce n'était que dans le cas où ce dernier n'avait rien reçu du défunt ; au contraire, ils le comptaient pour la supputation de la légitime, s'il avait reçu une donation et que le père ne l'eût pas révoquée avant de prononcer contre son fils la peine de l'exclusion. La jurisprudence admettait aussi cette distinction : Par un arrêt du 14 août 1589, rendu en robes rouges, le Parlement de Paris décida qu'un fils ayant reçu, avant l'exhéredation, un office vénal à titre gratuit de son père, devait faire nombre pour l'augmentation de la légitime.

<sup>1</sup> Ricard *op. cit.* III, post. ch. VIII, sect. VII, n° 1062.

<sup>2</sup> Lebrun liv. II, chp. III, sut. 6, n° 17.

<sup>3</sup> Bretonnier. Sur Henrys, t. III, liv. V, quest. 69, p. 324.

<sup>4</sup> Pothier *Coutume d'Orléans* tit. XV, p. 227. — Voy. aussi Despeisses t. II, Part. I, tit. IV, sect. II, p. 364.

Dans un troisième système on décidait que l'exhé-rédé faisait nombre et que sa part n'accroissait pas celle des autres légitimaires. Mais tandis que Guillaume de la Champagne attribuait la part de l'exhé-rédé au donataire ou légataire, débiteur de la légitime, Vinnius<sup>1</sup> et Donneau<sup>2</sup> l'attribuaient aux institués ou successeurs universels, de sorte qu'ils ne la refusaient aux légitimaires qu'autant qu'ils étaient institués *in re certa*. Voici comment s'exprime Vinnius : *An liberi justi exheredati communerentur in computatione legi computatione legitimæ seu an cæteris partem faciunt ? Pater duos habens filios utrumque exheredavit et neutri legitimam reliquit. Hoc casu, cum uterque queri possit, si unus tantum querelam moveat, alter interim partem facit ita ut ille qui quæritur tantum semissem hereditatis petere debeat : ita tamen ut si alter postea accusare nolit, aut tempore exclusus ut, pars ejus accrescat ei qui agit et obtinuit.... Ponamus rursus aliud casum. Pater e duobus filiis exheredatis alteri duntaxat legitimum reliquit, alteri nihil ; atque ita satisfacit primo, non autem secundo. Secundus non queritur sed Primus, et dicit sibi non esse*

<sup>1</sup> Vinnius *Quæst sebet* lib. I, cap. XXI.

<sup>2</sup> Donneau *Comm. juris civilis*, lib. XIX, cap. IV, n° 30.

Voici à titre de pure curiosité, le passage de Guillaume de la Champagne (*De la légitime*, ch. XVII, p. 112), relatif à notre question : « la légitime étant l'ouvrage de la nature et de la loy (qui sont le voile dont Dieu se couvre pour parler à son peuple et l'instruire sans l'effrayer, autrefois figuré par les colonnes de nuées et de feu, dont il se servait pour le conduire jour et nuit dans le Désert), c'est-à-dire l'ouvrage de Dieu, même appelé par les Philosophes et les jurisconsultes la nature naturante, ne peut être que très parfaite, sortant de la source des perfections, entièrement proportionnée à nos besoins, c'est pourquoi elle n'est pas susceptible d'accroissement que les aliments qu'elle nous fournit. »

*relictum integram legitimum..... hic, inquam, primus, cui portio legitima relicta est, neque querelam movere potest neque ex constitutione Justiniani ad supplementum agere. Ratio est quia factum illud patris legitimum secundo exheredato non relinquentis non debet prodesse primo qui portionem habet.....Juri accrescendi locus dari non potest nisi ab initio utriusque querela competierit... Omnino enim distinguendum est inter querelam in qua locus est juri accrescendi et legitimam relictam in qua non item... Ratio solida, quia nulla hic conjunctio ac proinde nec jus accrescendi. Adde quod adversus partem ingratus fuerit, commodum ejus partis heredis esse, cujus esse pater voluit. Juri vero accrescendi tunc locus est quando quid de portione deficiente fieri debent, nec lex, nec testator cavit : hic autem testator voluit eam acquiri heredi instituto... ac justa est patris voluntas quoad tunc filium ingratum. Denique delictum unius non debet prodesse alteri.*

Ce système me paraît le seul juridique : J'ai démontré dans la première partie de ce travail que la légitime resta après la Novelle XVIII, ce qu'elle était à l'époque classique, une portion de la part héréditaire *ab intestat* ; il fallait donc pour déterminer cette part héréditaire tenir compte de tous ceux qui seraient venus à la succession, si le père était mort intestat : or, il est évident, que dans cette hypothèse, l'exhéredé serait venu à la succession et aurait recueilli sa part ; donc, il devait faire nombre. En outre Justinien n'a pas changé la nature individuelle de la légitime : les légitimaires n'étaient pas conjoints par une vocation solidaire. Comme le dit Vinnius, l'accroissement suppose que ni la loi, ni le testateur n'ont pas disposé de la part défailante ; ici, au



contraire, le testateur l'attribue directement à l'héritier institué : enfin c'est la liberté du père et non la légitime du frère qui doit s'augmenter par suite de l'ingratitude d'un enfant. Dira-t-on que si un enfant venait à mourir, sa part aurait accru à celle des autres et qu'il devait en être de même dans le cas d'une exhérédation ? Mais on ne peut pas dire à tous les points de vue que l'exhérédation équivaut à la mort : il est vrai que l'une et l'autre privent complètement l'enfant de l'hérédité, mais c'est tout ; à tous autres égards l'assimilation n'est plus possible ! ainsi tandis que l'une est définitive, l'autre ne l'est pas, puisque pour l'exhérédation on devra toujours discuter la question de savoir si les motifs qui la légitiment sont ou non justes.

Même difficulté et mêmes solutions dans le cas d'une renonciation d'un légitimaire : aussi je n'insiste pas. Cependant je dirai quelques mots de l'hypothèse d'une fille dotée qui a renoncé, dans son contrat de mariage, à la succession de ses parents. Nul doute que cette fille ne fût comptée pour la supputation de la légitime. Mais lorsque sa dot était inférieure à sa part légitimaire et que soit en vertu d'une renonciation générale à la succession, soit en vertu d'une renonciation spéciale au complément de sa légitime, suivant les parlements, la fille n'était pas admise à réclamer le montant de la différence, alors s'élevait la question de savoir à qui profitait cette portion non réclamée. Était-ce aux autres légitimaires ou bien à l'héritier institué auquel le père avait laissé l'ensemble de ses biens ? Les parlements de droit écrit se prononçaient unanimement dans ce dernier sens. Jean Papon nous l'apprend pour le Parlement de Grenoble : « fils ou fille, dit-il, qui ont quitté à la suc-

cession du père ou de la mère, sont comptez au calcul de la légitime et font pour une portion chacun ; combien qu'ils ne soyent reclus à la dite portion, qui est acquise à l'hoirie<sup>1</sup>. » Et ainsi il fut jugé par arrest de Grenoble en l'an 1461 en vidant le procès de la Roche-Chinard entre les frères Allemans. » Boerius s'exprime excellement à ce sujet : *Tamen facit partem in computatione legitimæ et alios excludit, ac si totaliter succederet, licet non admittatur ad illam partem et ejus portio non accrescit aliis fratribus, sed remanet hæredi... Unde si essent tres filii et una filia, quæ dote mediante renunciaverit, filii non admittentur ad totum trientem sed portio filiæ remanet hæredi et sic minuit partem legitimæ, vel si essent quatuor filii, et una filia, ipso auget quantitatem legitimæ aliorum ex quo admittitur ad partem facit partem fratribus, quia legitima eorum erat semis, computata filia et ejus parte, ut dictum est. Et secundum eam communem fuit in nostra suprema Burdegalæ Curia in causa communitatis de vendatorio*<sup>2</sup>. Pour le Parlement de Paris, Despeisses cite deux arrêts : l'un du 21 février 1562 ; l'autre, rendu en robes rouges du 14 août 1589<sup>3</sup>. — Dumoulin ne partageait pas l'opinion de la jurisprudence ; suivant lui le droit d'accroissement est inhérent, et de l'essence même de la légitime que dès lors toute disposition du père qui aurait pour but de lui faire obstacle ne doit produire aucun effet. Il reconnaît que Justinien dans la Nouvelle XVIII

<sup>1</sup> Jean Papon, *Recueils d'arrêts notables des cours souveraines de France*. Paris 1607, liv. XVI, tit. 4, Art. 11, p. 950.

<sup>2</sup> *Décisions supremæ Burdegalenses*. Genovæ 1690, Dec. CIV, p. 185.

<sup>3</sup> Despeisses, t. II, 1 Part. tit. IV, sect. II, tertio p. 362. Voy. aussi Charondas. *Pandectes de droit français*, ch. XII, t. II, p. 449 et *Réponses de droit français*, t. I, liv. VIII, rep. XXVII, p. 374.

ne prescrit pas l'accroissement, mais ce droit résulte à son avis, des anciens principes, des anciennes lois, de la loi 1. Code *Quando non petentium partes*, de la loi *Qui repudiantis*. Dig. de *inof. test.* Il ajoute que la Nouvelle n'a point changé la nature de la légitime, or, l'ancienne quarte était susceptible d'accroissement. — Les arguments de Dumoulin sont faciles à réfuter : Il invoque deux lois à l'appui de son opinion, mais aucune de ces lois ne prévoient notre question, la première s'occupant de l'accroissement entre successeurs *ab intestat*, la seconde, de l'accroissement de la *querela inofficiosi testamenti*. Il allègue que le *jus accrescendi* avait lieu dans l'ancienne quarte ; mais c'est là une erreur. La quarte était un avantage personnel, attribué individuellement au légitimaire et qui par sa nature excluait tout accroissement. D'ailleurs, on ne contestait pas à la fille le droit de céder sa légitime. Or, sa renonciation, dans le contrat de mariage n'était au fond des choses qu'une cession qu'elle faisait à son père de sa portion légitimaire, moyennant une dot, par conséquent ce dernier devait pouvoir en disposer comme bon lui semblait et la différence entre le montant de la dot et celui de la légitime devait revenir à celui qui recueillait tous les biens du testateur, c'est-à-dire à l'héritier. C'est ce que dit Maynard : « Mais bien que les père et mère ne puissent changer aucunement, ni autrement altérer les légitimes des enfants, cela a lieu et arrive tant qu'elles demeurent en l'état et aux termes de légitimes mêlées et confuses dans la masse et bloc des biens et substance, et à l'égard de ceux à qui ils en sont encore débiteurs, mais que les pères et mères ne puissent accepter la cession et transport d'une de ces légitimes ou de plusieurs

ou de toutes ensemble, par les mains des enfants, moyennant récompense en dots et apanages à eux constituez et laquelle cession les enfants peuvent faire en faveur de qui bon leur semblera, ce serait directement leur lier les mains et les empêcher de disposer de leur propre bien selon leur volonté et cependant priver les pères et mères (et cela seulement, parce qu'ils sont pères et mères) de ce qu'on ne fait difficulté d'octroyer aux plus étrangers <sup>1</sup>. »

Le légitimaire qui avait laissé prescrire son droit, comptait également pour la supputation de la légitime, et sa part était acquise à l'héritier institué.

Lorsque les légitimaires du premier degré renonçaient ou étaient valablement exhérédés, le droit à la légitime ne passait pas à ceux du second degré ; en d'autres termes la légitime n'était pas susceptible de dévolution : « Il y a cette différence, dit Ricard, entre le cas  
« de la succession *ab intestat* et celui de la légitime ; qu'au  
« premier, soit que ceux d'un degré plus proche renon-  
« cera à la succession ou soient incapables de la recueillir,  
« ceux qui suivent prennent leur place ; au lieu que lors-  
« qu'il s'agit de la légitime, si les enfants, par exemple,  
« donnent leur consentement au testament, de leur père  
« par leur silence, ceux qui sont appelés après eux n'ont  
« pas droit de s'en plaindre, attendu que la querelle d'inof-  
« ficiosité étant personnelle, si ceux qu'elle regarde y re-  
« noncent expressément ou tacitement, elle se consomme  
« en leurs personnes, se pouvant dire que leur père a suf-  
« fisamment satisfait, puisqu'ils sont demeurés contents  
« de sa volonté <sup>2</sup>. »

<sup>1</sup> Maynard *op. cit.* liv. IV, ch. XXIV, p. 461.

<sup>2</sup> Ricard, *op. cit.* ch. VIII, sect. III, n° 916.

56. — A quel titre la légitime devait-elle être laissée dans les pays de droit écrit ?

Avant l'Ordonnance de 1735 le Parlement de Paris, se fondant sur la Nouvelle CXV, exigeait qu'elle fût laissée à titre d'héritier. C'était la doctrine qu'enseignait Cujas : *ex heredato querelam competere etiamsi aliquo titulo singulari vel universali relecta sit debita portio*. Henry en rapporte un arrêt du 4 juin 1644 qui annula un testament fait dans le pays de Forez par le motif que le père n'avait pas institué ses enfants. Mais suivant cet auteur l'institution n'était pas nécessaire et le titre de légataire suffisait. Voici comment il interprète la Nouvelle CXV : « Quand en sa Nouvelle CXV Justinien « avait ordonné que la légitime seroit laissée à titre d'ins-  
« titution, il n'avait par pour cela voulu astreindre les tes-  
« tateurs à cette vigueur. Que ce n'avoit pas été son in-  
« tention et qu'il avoit plutôt songé à établir les causes  
« d'exhérédation, qu'à régler les termes de l'institution  
« et que si en passant, il avoit aussi dit que la légitime  
« se devoit laisser à titre d'institution, c'était plutôt pour  
« marquer que la légitime emporte ce titre que pour le  
« rendre absolument nécessaire, qu'il fallait donc consi-  
« dérer son intention plutôt que ses paroles, car comme  
« dit Arnulphus, epist. 26 ad Alexand. : papam *in legibus*  
« *aliisque scriptis auctoris annum potius contemplari conve-*  
« *nit quam opices amplexari* <sup>1</sup>. » Favre admettait la doc-  
trine du Parlement de Paris : *hunc esse communem senten-*  
*tiam*, dit-il, *et ubique terrarum receptissimam* <sup>2</sup>. Domat  
estimait que l'institution du légitimaire n'était pas né-  
cessaire lorsque le père avait institué la mère et l'avait

<sup>1</sup> Henrys. Liv. V, ch. IV, Quest. XL, n° 5, p. 182, t. III.

<sup>2</sup> Favre *de erroril. pragmat.* dec. 14 err. 4.



chargée de donner aux enfants leur légitime, ou lorsque, dans son testament, il avait partagé ses biens entre eux<sup>1</sup>. Lapeyrère atteste que le Parlement de Bordeaux n'annulait pas l'institution contenue dans un testament, dans lequel le père n'avait pas conféré aux légitimaires le titre d'héritier, il rapporte un arrêt du 16 avril 1693<sup>2</sup>. Le Parlement de Toulouse décidait que lorsque l'un des enfants était institué héritier, la légitime pouvait être laissée aux autres *quovis titulo*<sup>3</sup>. L'Ordonnance de 1735 trancha la difficulté en consacrant dans son article 50 la jurisprudence des Parlements de Paris et Dijon : elle prononça la nullité de l'institution et des dispositions universelles lorsque ceux qui avaient droit à une légitime ne se trouvaient pas institués dans le testament du défunt. L'art. 50 porte, en effet : « Dans les pays où l'institution d'héritier est nécessaire pour la validité du testament, ceux qui ont droit de légitime seront institués héritiers, au moins en ce que le testateur leur donnera et l'institution sera faite en les appelant par leur noms, ou en les désignant de telle manière que chacun d'eux y soit compris. Ce qui aura lieu, même à l'égard des enfants, qui ne seroient pas nés au temps de la mort du testateur. » Et l'art. 53 contient la sanction : « En cas de préterition d'aucuns de ceux qui ont droit de légitime, le testament sera déclaré nul quant à l'institution de l'héritier. Sans même qu'elle puisse valoir comme fideicommiss ; et si elle a été chargée de substitution, la dite substitution demeura

<sup>1</sup> Domat *op. cit.* liv. III, tit. II, sect. I, art. 5, p. 706.

<sup>2</sup> Lapeyrère *op. cit.* Lettre T n° 54, p. 482.

<sup>3</sup> Bretonnier. *Recueil par ordre alphabétique des principales questions de droit*. Paris 1783, v° *Testaments*.

rera pareillement nulle, le tout, encore que le testament contient la clause codicillaire, laquelle ne pourra produire aucun effet à cet égard, sans préjudice néanmoins de l'exécution du testament, en ce qui concerne le surplus des dispositions du testateur<sup>1</sup>. »

D'après l'art. 50 du *Statut local de Montpellier* l'institution n'était pas requise pour la validité des testaments, et le père jouissait de la faculté de tester librement de ses biens après avoir laissé une valeur quelconque à ses enfants, sans que ceux-ci puissent réclamer un supplément de légitime<sup>2</sup>. Il semble au premier abord que l'ordonnance de 1735, ayant proclamé la nécessité d'instituer les légitimaires, l'art. 50 du statut local de Montpellier se trouvait abrogé. Mais il n'en est rien. Lisons l'art. 55 de l'ord. de 1735 : « N'entendons déroger par les articles 50, 53 et 54 aux dispositions, statuts, ou autres lois particulières, observées dans quelques-uns des pays régis par le droit écrit, qui permettent expressément de laisser la légitime à autre titre que celui d'institution et la demande en supplément de légitime pourra être formée au dit cas, ainsi qu'il est porté par l'art. 52. » Ainsi l'ordonnance de 1735 n'ayant pas, quant au titre auquel il fallait laisser la légitime, abrogé la disposition du statut local de Montpellier, il en résulte que même depuis cet acte législatif, il fut permis au père de laisser la légitime aux en-

<sup>1</sup> Recueil t. XXI, p. 396 et 397.

<sup>2</sup> Le parlement de Toulouse avait interprété cette disposition dans ce sens que le père ne pouvait laisser à l'enfant que la moitié de la légitime, mais qu'il lui avait laissé moins, celui-ci avait le droit de demander sa légitime entière, voy. Serres *op. cit.* liv. II, tit. XVIII, p. 209. — Maynard. Liv. VII, ch. XVIII, t. II, p. 33.

fants à titre singulier, mais ceux-ci purent en exiger un supplément dans le cas où le legs qui leur avait été fait dans le testament, n'égalait pas la totalité de leur portion légitimaire.

On s'était demandé, avant l'ordonnance de 1735, si le père de famille qui instituait ses enfants pour une chose ou valeur presque insignifiante et ne présentant aucune proportion avec l'importance probable de la légitime, avait rempli ses devoirs et satisfait aux prescriptions de la loi. Dumoulin était d'avis que laisser à un légitimaire une chose vile et sans prix, était aussi injuste et offensante qu'une prétérition : *Intelligo derelicto utili et considerabili quia esset vilissimum et ridiculum quod vir bonus arbitrabitur non minuire sed augetet fraudem et testamentum revocandum et ad nihilum reducendum*. Mais ce fut l'opinion contraire qui prévalut, « parce que dit Ricard, nous devons présumer, que le défunt a disposé de la sorte, pour s'acquitter de l'obligation de la loi, s'étant contenté pour y satisfaire à donner la qualité d'héritier en la moindre chose, sachant que la loi suppléait au reste et que si peu qu'il pourroit laisser contiendrait en soi le surplus, en ouvrant la voye de l'action en supplément de la légitime. » D'ailleurs cette solution était plus conforme au principe de la liberté du disposant. — Un arrêt du Parlement de Toulouse du 10 février 1596 valida un testament dans lequel une mère avait institué son fils pour cinq sols. Et le Parlement d'Aix, par un arrêt du 11 juin 1679 confirme l'acte de dernière volonté d'un père, qui avait institué sa fille pour une somme de 18 livres. — L'ordonnance de 1735 consacra cette solution en ces termes : « Quelque modique que soit l'effet ou la somme

pour lesquels ceux qui ont droit de légitime auront été institués héritiers, le vice de la prétérition ne pourra être opposé contre le testament, encore que le testateur eût disposé de ses biens en faveur d'un étranger. »

57. — En quels biens devait être fournie la légitime ? En principe elle devait être fournie en biens héréditaires : en immeubles si la succession ne se composait que d'héritages ; en meubles ou en deniers, si elle ne comprenait que cela. Cependant le père pouvait, au moyen d'un legs, la laisser en argent et Roussilhe nous apprend que c'était là un usage général<sup>1</sup>. Mais notons que les enfants, de leur côté, pouvaient répudier le legs et réclamer la légitime en biens héréditaires<sup>2</sup>, à moins qu'ils ne fussent pas commodément partageables ; dans ce cas, les légitimaires devaient se contenter de leur évaluation<sup>3</sup>. Boniface rapporte un arrêt du 30 juin 1664 qui autorisait l'enfant à venir sur la répudiation de son legs, s'il estimait, plus tard, qu'il lui était plus avantageux de s'en tenir à cette libéralité<sup>4</sup>. Si l'enfant avait reçu une partie de la légitime en argent, il ne pouvait pas demander le reste en biens, si l'héritier offrait de le lui payer en dernier.

58. — De ce que nous venons de voir, il résulte que l'action *inofficiosi testamenti* proprement dite avait disparu, car ou il y avait prétérition ou il y avait exhérédation injuste et le testament tombait, ou l'exhérédation

<sup>1</sup> Roussolhe *op. cit.* n° 134 n° 110.

<sup>2</sup> Henrys et Bretonnier *op. cit.* t. II, liv. V, quest. XXXIII. — Roussilhe n° 111. — Rousseaud de la Combe, *op. cit. v° légitime* sect. X, p. 392.

<sup>3</sup> Rousseaud de la Combe *ibidem*.

<sup>4</sup> Boniface *op. cit.* tome II, liv. I, tit. 19, ch. I, voy. Despeisses *op. cit.* Part. I, tit IV, sect. II, n° 12 *secundo* p 373.

était juste, et il était maintenu, ou l'héritier du sang n'avait pas sa légitime complète dans le testament régulier et il en pouvait réclamer le complément : « Les remèdes de la possession des liens et de plainte d'inofficiosité, dit Furgole, sont aujourd'hui abrogés et sans aucune distinction, la prétérition rendant le testament qui en est compliqué, nul de plein droit, et n'est plus permis de former la plainte d'inofficiosité, que le droit romain n'accordoît que comme un secours extraordinaire et subsidiaire<sup>1</sup>. » Cependant notons que dans le cas d'une institution partielle des frères et sœurs, les anciens docteurs leur accordaient non pas une simple action en supplément, mais le droit de faire tomber le testament en entier. Et Ricard, allant plus loin, leur reconnaissait ce droit alors même que le testateur leur avait laissé la légitime entière. « Il faut tenir que les opinions des docteurs sont contraires aux dispositions du droit écrit, mais qu'il y a pourtant grande raison pour la discipline publique, d'exécuter leur sentiment, dans le cas le plus fréquent qui est celui du concubinage, encore que les frères consanguins *eussent leur légitime en entier*<sup>2</sup>. Et Domat exprimait la même idée lorsqu'il disait : « quoique les frères puissent se plaindre de l'inofficiosité du testament de leur frère dans le cas de l'article dernier de la sect. I du titre précédent (institution d'une personne infâme), ils n'ont pas pour cela droit de légitime. Car c'est en ce cas l'hérédité entière que la loi leur donne et en tout autre ils peuvent être privés de toute part à l'hérédité par un testament<sup>3</sup>. »

<sup>1</sup> Furgole *op. cit.* t. II, ch. VIII, sect. IV, n° 1, p. 774.

<sup>2</sup> Ricard *op. cit.* ch. VIII, sect. III, n° 913.

<sup>3</sup> Donat *op. cit.* t. I, liv. III, tit. III, sect. I, § VIII, p. 717.



59. — Le testament d'un militaire ne jouissait pas, dans les pays de droit écrit, de la même faveur qu'en droit romain. A Rome, le militaire pouvait dépouiller ses enfants par des dispositions testamentaires sans craindre qu'après son décès son acte de dernière volonté fût rescindé par la *querela* pour cause d'inofficiosité. Dans la légitime du Midi de la France, le testament du militaire qui n'avait pas tenu compte du devoir que lui imposait le lien du sang, n'était pas annulable ; seulement les enfants pouvaient réclamer le montant de leur légitime.

APPENDICE. *De la réserve coutumière dans les pays du Droit écrit.*

60. — A côté de la légitime, les pays de droit écrit où la règle *paterna paternis materna maternis* avait été acceptée et où la conservation des biens dans les familles était la base du droit de succession, on avait admis une réserve des Propres<sup>1</sup>. A Bordeaux elle était des deux tiers des héritages : « *Et que aucun en son testament ne peut son plus prochain parent en degré de lignage deshériter des biens immeubles qui luy seront venus par succession. Mais il faut que luy laisse les deux parts desdits biens immeubles francs et quittes, sans charge d'aucuns légats et donations : réservé que les débits se doivent premièrement prendre sur tous les biens de la succession. Et ne veut aucune chose, testament ou codicille au contraire*<sup>2</sup>. La coutume de Bayonne contenait à cet égard la disposition suivante : *Le père et la mère par leur testament des biens papoaux et avitins peuvent entre leurs enfans et non autres, disposer à leur plaisir et volonté et peuvent avan-*

<sup>1</sup> Roussilhe, p. 345.

<sup>2</sup> Art. 60, ch. V, *Destestamens etc.* Richebourg, t. IV, p. 896.

*tager l'un des enfans plus que l'autre ; ou laisser à un le tout, ainsi que l'on leur semblera*<sup>1</sup>. Il résulte de là que le père ou la mère ne pouvaient disposer des propres qu'au profit de leurs enfans. S'ils avaient donné tous leurs biens à l'un seulement, et rien aux autres, ceux-ci étaient admis à réclamer sur ces biens la moitié de leur légitime de droit. Toutefois, porte l'art. 9, *doresnavant du consentement des habitants de la dite ville a été statué si le père ou la mère donnent ou laissent tous les dits biens avitins à un des enfans, chacun des autres enfans pourra quereler et demander esdits biens avitins la moitié de ce que pourroit monter la légitime, telle que de droit*. D'après la coutume de Sole, le père ne pouvait disposer des biens avitins qu'avec le consentement de l'héritier présomptif : *Des biens avitins no pos testar que de consentement de quet qui deu succedir et si es fult faut que sie mancipat*<sup>2</sup>.

L'exercice et la jouissance de la réserve étaient soumis, dans les Pays de droit écrit, aux mêmes règles qu'en droit coutumier<sup>3</sup>.

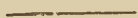
<sup>1</sup> Art. 6, titre XI, *Des testamens*, Richebourg, t. IV, p. 954.

<sup>2</sup> Tit. XXVI. *De testamen et exécution dequest.* art. IV, Richebourg. L, IV, p. 993.

<sup>3</sup> Voy. Boissonade *op. cit.* p. 345.



## TROISIÈME PARTIE



DROIT INTERMÉDIAIRE





## TROISIÈME PARTIE

### DROIT INTERMÉDIAIRE

SOMMAIRE : 61. Transition. — 62. *Assemblée constituante* ; Abolition du droit d'aînesse et modification du droit successoral. — Décrets des 4 août 1789, et 15 mars 1790. — 63. Principes d'égalité des partages. — Proposition de Mirabeau sur la disponibilité. Rejet. — 64. Décret du 8 avril 1791. — 65. *Assemblée législative*. — 66. *Convention*. Consécration des idées de Mirabeau. — Décret du 7 mars 1793 ; abolition de la faculté de disposer à titre gratuit au profit des descendants et ascendants. — Décret du 5 Brumaire an II : prohibition des dispositions entre vifs ou testamentaires en faveur des collatéraux, et fixation du disponible à l'égard des étrangers. — Effet rétroactif remontant au 14 juillet 1787. 67. Décret du 12 brumaire an II : droit de succession des enfants naturels. Enfants adultérins. — 68. Loi du 17 Nivose an II : consécration des dispositions contenues dans les décrets antérieurs. Limite apportée par cette loi au droit de disposer. Obligation de rapporter même en renonçant. Effet rétroactif. — 69. Suppression des propres et acquêts. — Abolition de la réserve coutumière. — 70. Nature de la portion indisponible organisée par la loi de Nivose an II. — 71. Décrets du 5 Floréal an III, et 3 Vendémiaire an IV, abolissant l'effet rétroactif. — 72. Consulat : loi du IV Germinal an VIII. Nouvelle détermination de la quotité disponible. — 73. Faculté d'avantager un des successibles et abolition de l'obligation de rapporter même en renonçant. — 74. Difficulté résultant des derniers mots de l'article 5 de cette loi : Opinion de Vernet et Taulier. — Réfutation.

**61.** — La législation intermédiaire constitue une sorte de transition. Dans cette période qui s'étend de 1786 à 1803-1804 nous allons voir comment la Révolution, dont le but fut de constituer une démocratie fondée sur les mêmes droits pour tous et d'affranchir la propriété du sol en la rendant accessible et mobile, prépara la formation du droit actuel après avoir abrogé l'ancien droit. Les lois se succèdent rapidement pendant cette époque ; la raison humaine, trop souvent obscurcie par de funestes passions, subjuguée par l'inspiration du moment tâtonne, hésite, se dédit. C'est avec beaucoup de raison que l'on a dit que les lois sages exigent une sérieuse élaboration, impossible dans les moments d'effervescence populaire, où l'on oublie les enseignements du passé, pour tout sacrifier aux aspirations présentes.

**62.** — *Assemblée Constituante.* On sait que les Etats Généraux auxquels Louis XVI avait fait appel, se réunirent le 15 Mai 1789. En présence des abus dont ils étaient témoins et des tergiversations de la Monarchie, ils résolurent de ne pas se contenter d'exprimer des doléances inutiles, mais de porter eux-mêmes un remède énergique aux maux dont le pays souffrait. Le 19 juin 1789, ils se proclamèrent Assemblée Constituante et niant l'absolutisme de la Monarchie devant lequel les anciens Etats Généraux s'étaient pliés, ils voulurent être, en face du Roi, un pouvoir dans l'Etat. De là l'apostrophe si connue de Mirabeau à l'envoyé royal qui sommait l'assemblée de se disperser. De là la proclamation de l'inviolabilité des représentants du peuple ; de là enfin cette série de décrets successivement portés par l'assemblée et résumés dans la Constitution du 3 sept. 1791.

Tout en s'occupant de la réorganisation politique et religieuse, la Constituante ne négligea pas les modifications d'ordre privé. En attendant qu'un code unique pût être rédigé pour tous les Français, elle porta son attention sur le droit privé. Déjà aux murmures des campagnes avait succédé une véritable jacquerie. Des bandes de paysans armés parcouraient certaines provinces et pillaient les châteaux. L'assemblée s'inquiéta de Noailles, d'Aiguillon et de Kerengal, montèrent successivement à la tribune et signalèrent comme unique remède à cette effervescence, l'abolition des droits féodaux. L'Assemblée enthousiasmée par les propositions généreuses émanées de deux représentants de la noblesse, vota dans la célèbre nuit du 4 août 1789, l'abolition de tous les droits féodaux. Le principe posé, il restait à en régler les conséquences : A mesure que l'organisation politique était modifiée, il était nécessaire de mettre les lois de succession en accord avec le régime nouveau, car parmi les lois civiles il en est peu qui touchent d'aussi près aux institutions politiques que celles qui concernent la transmission des biens après décès. D'abord le décret du 15 Mars 1790 supprima « les droits d'ainesse et de masculinité à l'égard des fiefs, domaines et alleux nobles, et les partages inégaux à raison de la qualité des personnes, et régla la succession dans ces cas, conformément aux dispositions des coutumes relatives aux partages entre tous les citoyens. » Seulement remarquons que ce décret laissait subsister et même maintenait formellement les inégalités résultant de l'âge ou du sexe, lorsqu'elles avaient rapport à des biens ou à des personnes non nobles. — Comme elle ne tenait pas à la conservation des biens dans la famille, l'Assemblée

constituante visa à les affranchir des anciennes obligations féodales qui venaient les grever et entraver leur circulation. De même qu'elle les avait dégagés du retrait féodal en abolissant les droits seigneuriaux, de même par un décret du 17 juillet 1790, elle les libéra du *retrait lignager*, c'est-à-dire de ce droit qui permettait aux proches parents des vendeurs d'écarter les acquéreurs étrangers à la famille, en exerçant contre eux le droit de préemption. Désormais les biens sortirent librement de la famille par l'effet des actes entre vifs que leur propriétaires passaient.

63. — Le 21 nov. Merlin proposa un projet de la loi qui établissait une égalité absolue dans les partages des successions ab intestat, abolissait la règle *paterna paternis, materna maternis* des propres et des acquêts et admettait la représentation à l'infini dans la ligne directe et jusqu'au degré de neveu dans la ligne collatérale<sup>1</sup>. L'Assemblée ordonna l'impression du rapport de Merlin. Mais Mirabeau (Riquetti l'aîné) étant d'avis qu'il « fallait faire marcher d'un pas égal les inégalités résultant de la loi et celle résultant de la volonté de l'homme » demanda au comité un travail sur les substitutions et les dispositions testamentaires, déclarant, que s'étant occupé de la matière, il demanderait la parole dans la discussion. Aussi le projet de Merlin fut-il retiré. Le 11 Mars 1791 Merlin en présenta un autre en ce sens. On ne le discuta que le 2 avril. Mais au début de la séance le Président annonça la mort de Mirabeau<sup>2</sup>. Puis l'Assemblée passant à l'ordre du jour, portant sur les

<sup>1</sup> Voyez le *Moniteur officiel*, du 23 mardi mars 1790, p. 1350, 1<sup>re</sup> col.

<sup>2</sup> Voyez le *Moniteur officiel*, du dimanche 3 avril 1791, p. 1380, 2<sup>e</sup> col.

dispositions entre vifs et testamentaires, la parole fut donnée à Pethion, qui dans un discours plein d'éloquence, demanda qu'on enlevât au père la faculté d'avantager l'un de ses enfants par des dispositions à titre gratuit. « Vous venez d'établir dans les successions un ordre que vous dictait la raison, que vous prescrivait la nature. Tous les enfants seront maintenant égaux aux yeux de la loi. Les différences qui existaient entre eux ont disparu. Permettez-vous à un homme de déranger cet ordre, cette harmonie ? Pourra-t-il mettre ses passions à la place de la loi ? Pourra-t-il substituer sa volonté particulière à la volonté générale ? .... C'est ensemble, c'est sous le même toit que doivent habiter tous les enfants, rassemblés autour de ceux qui leur ont donné la vie, leur rendre des hommages imposteurs, s'étudier à gagner leur amitié par des démonstrations mensongères ; alors ils contractent l'habitude de l'hypocrisie et de l'imposture <sup>1</sup>. — Ce fut ensuite le tour de Talleyrand, ancien évêque d'Autun qui déclara qu'à la veille de sa mort, Mirabeau l'avait chargé de lire le discours qu'il avait écrit sur cette question et qu'il se proposait de prononcer dans cette séance. « L'auteur de cet écrit, dit Talleyrand, n'est plus. Je vous apporte son dernier ouvrage ; et telle est la réunion de son sentiment et de sa pensée, également voués à la chose publique, qu'en l'écoutant, vous assisterez presque à son dernier soupir ». Dans ce discours Mirabeau remonte à l'origine du droit de propriété, considère ce droit comme une création sociale, en déduit que les lois déterminent le rang et l'étendue qu'il faut lui attribuer et par suite, conclut que la loi peut réduire dans les limites qu'elle détermine le pouvoir qui

<sup>1</sup> *Moniteur officiel. Ibidem*, col. 3.



appartient au défunt de disposer de ses biens. Aussi demandait-il, outre l'égalité des partages ab intestat, qu'on enlevât au père le droit de disposer, non seulement par testament mais même entre vifs au profit de ses enfants; et s'attaquant aussi au droit de disposer à l'égard des étrangers, il voulait qu'on réduisit à un dixième les libéralités en leur faveur. « Et quoi, s'écriait-il, n'est-ce  
 « pas assez pour la société, des caprices et des passions  
 « des vivants? Nous faut-il encore subir leur passion quand  
 « ils ne sont plus? N'est-ce pas assez que la société soit  
 « actuellement chargée de toutes les conséquences résultantes du despotisme testamentaire depuis un temps  
 « immémorable jusqu'à ce jour? Faut-il que nous lui préparions encore tout ce que les testateurs futurs peuvent y ajouter de maux par leur dernière volonté trop  
 « souvent bizarre, dénaturée même? N'avons-nous pas vu  
 « une foule de ces testaments où respirait tantôt l'orgueil,  
 « tantôt la vengeance, ici un injuste éloignement, là une  
 « prédilection aveugle? La loi casse les testaments appelés *ab irato* mais tous ces testaments qu'on pourrait appeler *a descepto, a moroso, ab imbecili, a delirante, a superbo*, la loi ne les casse point et ne peut les casser. Combien de ces actes signifiés aux vivants par les morts, où  
 « la folie semble le disputer à la passion, où le testateur  
 « fait de telles dispositions de sa fortune qu'il n'eût osé  
 « de son vivant en faire confidence à personne, des dispositions telles, en un mot qu'il a eu besoin, pour se les  
 « permettre de se détacher entièrement de sa mémoire et  
 « de penser que le tombeau serait son abri contre le ridicule et les reproches. »<sup>1</sup> Saint-Martin, au contraire, voulait que le père jouît de la faculté de disposer de ses

<sup>1</sup> Voyez le *Moniteur officiel*, du 5 avril 1791, p. 388.

biens en faveur de l'un de ses enfants : « Vous avez aboli, « disait-il, le droit d'aînesse et les inégalités qui en résultaient. Serait-il également sage de détruire les inégalités résultant des dispositions de l'homme ? Ne serait-ce « pas porter atteinte au premier, au plus sacré de tous les « droits, à celui de propriété et le législateur peut-il trop « se garder d'une pareille démarche. Une semblable prohibition ne serait-elle pas illégitime, à moins qu'elle ne « fût impérieusement commandée par le besoin ?... Une « loi aussi rigoureuse ne serait-elle pas fréquemment et « presque toujours violée ? De là des contestations, des querelles, des inimitiés, qui auraient d'autant plus de force, « qu'elles seraient autorisées par la loi ; de là tous les « vices que ces inimitiés produisent. Ne doit-on pas craindre d'affaiblir l'autorité paternelle et le respect qui lui « est dû ? c'est par la douce et salutaire dépendance de « l'autorité paternelle que les enfants s'habituent à la soumission aux lois. Craignez d'ôter aux parents les moyens « de récompenser leurs enfants et faites attention que ce « serait établir une véritable inégalité que d'empêcher un « père d'avantager un enfant que des disgrâces de la nature rendraient impropre au travail, un enfant qui serait surchargé d'une famille nombreuse ou qui aurait « éprouvé des pertes extraordinaires dans sa fortune. Supposez, par exemple, un enfant qui serait resté dans la « maison paternelle pour cultiver le champ d'un père infirme à faire vivre sa famille ; n'y aurait-il pas de l'injustice à faire partager en portions égales, le fruit des « labeurs de ce fils vertueux, à ses frères qui n'auraient « passé partager ses peines <sup>1</sup>. » Que d'excellentes raisons en faveur de la thèse que Saint-Martin défendait ; aussi

<sup>1</sup> Voy. *Moniteur officiel*, du vendredi 8 avril 1791, page 399.

me suis-je permis de le citer longuement. Cazalès réclama purement et simplement le droit des Nouvelles : « Etablissons la loi romaine par tout le royaume, avec « les exceptions qu'exigent les circonstances, et les convenances locales. Ne balançons pas de confier aux propriétaires la loi des exceptions. La faculté de tester, « laissée par la loi romaine, aux pères de famille, est la « conséquence nécessaire de la puissance paternelle, que « sans doute vous ne voulez pas détruire. C'est par cette « faculté qu'ils régissent leur famille et qu'ils en obtiennent du respect<sup>1</sup> ». Enfin Tronchet proposait d'établir en faveur de tous les héritiers en ligne directe descendante et ascendante, une légitime dont le montant serait des trois quarts de la portion héréditaire de chaque héritier ; en ligne collatérale, il n'admettait une légitime qu'en faveur des frères, des neveux et de l'oncle et en fixait la quotité à la moitié seulement des biens qui seraient échus au défunt par succession. Pour le surplus, le propriétaire jouirait de la pleine faculté de disposer de ses biens<sup>2</sup>.

**64.** — Cette discussion ne porta ses fruits que plus tard. Il y avait dans ce débat, deux principaux objectifs : une question d'actualité et une question de principes. L'attaque à la liberté de disposer par testament apparaissait comme liée au succès de la Révolution. D'un autre côté, les droits de succéder et de tester étaient considérés comme une création sociale, dont il appartenait à la société de fixer les limites. C'était d'ailleurs l'idée

<sup>1</sup> Voy. *Moniteur officiel*, du vendredi 8 avril 1791, p. 399. — Robespierre soutenait l'opinion de Mirabeau. Voy. *Moniteur officiel*, du jeudi 7 avril, 1791, p. 396, col 3<sup>e</sup>.

<sup>2</sup> Voy. *Moniteur officiel*, du jeudi 7 avril 1791, 3 col. 4<sup>e</sup> principe.

du xviii<sup>e</sup> siècle. — L'Assemblée Constituante ne trancha pas la grande question qui avait été soulevée devant elle, et elle se contenta de poser dans le décret du 8 avril 1791 le principe d'égalité de tous les enfants dans la succession ab intestat en ces termes : « *Toute inégalité ci devant résultant entre héritiers ab intestat des qualités d'aînés ou de puînés, de la distinction des sexes ou des exclusions coutumières, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale, est abolie. — Tous héritiers en égal degré succéderont par portions égales aux biens qui leur sont déférés par la loi. Le partage se fera de même par portions égales dans chaque souche, dans le cas où la représentation est admise*<sup>1</sup>. Les dispositions entre vifs ou testamentaires restèrent dans l'oubli le plus complet. Un autre décret du 3 sept. 1791 annula d'avance toutes les clauses dans les testaments qui étaient contraires aux lois et aux bonnes mœurs ou qui entravaient la liberté du légataire ou de l'héritier. On voulait par là empêcher les testateurs attachés aux anciennes doctrines, de paralyser la liberté politique, religieuse ou autre de certains individus, par une clause de leur testament.

65. — *L'Assemblée législative* ne s'est pas occupée de notre matière.

66. — Mais *la Convention* reprenant la grave question qui s'était posée devant l'Assemblée Constituante, la question relative à la disposition à titre gratuit, donna pleinement satisfaction aux vœux de Mirabeau et de Robespierre. Un décret du 7 mars 1793 abolit la faculté de disposer à titre gratuit soit entre vifs, soit par testament au profit des descendants ou d'ascendants, en ce sens que quelque minime que fût la portion de biens reçus,

<sup>1</sup> Duvergier, t. II, p. 348.

ils devaient toujours la rapporter, qu'ils acceptassent la succession ou qu'ils y renonçassent, nonobstant toute disposition contraire du défunt. Malgré cette formule générale, on admet généralement que ce décret n'avait pas pour effet d'enlever aux parents le droit de faire à leurs enfants des dons en avancement d'hoirie, mais seulement d'empêcher que certains enfants ne fussent avantagés au préjudice des autres : de façon que les dons ainsi reçus devaient nécessairement être rapportés, même par les successibles renonçants<sup>1</sup>.

Un autre décret du 5 brumaire an II complète le précédent en étendant aux collatéraux la prohibition des dispositions entre vifs ou testamentaires dispensés de rapport, et en fixant la quotité disponible au profit d'étrangers au taux minime que voulait Mirabeau, c'est-à-dire au dixième de tous les biens, si le disposant laissait des descendants ou d'ascendants et au sixième s'il laissait des collatéraux. En outre la Convention voulant que la réforme civile et radicale dans

<sup>1</sup> Voy. Coin-Delisle. *Limite du droit de rétention par l'enfant donataire renonçant*. Paris 1852, p. 67. — M. Boissonade *op. cit.* p. 356, note b — Voyez art. 11. Duvergier. *Collection complète des lois etc.* t. VI, p. 317. Cependant une exception était faite à l'égard des avantages entre époux : en effet l'art. 2 du décret de 5 brumaire an II, porte que : « les avantages stipulés entre les époux encore existants, soit par leur combat de mariage, soit par des actes postérieurs, ou qui se trouveraient établis dans certains lieux par les coutumes, statuts ou usages, auront lieu leur plein et entier effet ; néanmoins s'il y a des enfants de leur union, ces avantages, au cas qu'ils consistent en simple jouissance ne pourront s'élever au delà de la moitié du revenu des biens délaissés par l'époux décédé et s'ils consistent en des dispositions de propriété soit mobilière soit immobilière, ils seront restreints à l'usufruit des choses qui en sont l'objet, sans qu'ils puissent jamais excéder la moitié du revenu de la totalité des biens. »



les droits de famille se reportât au jour où la Révolution avait fait acte de souveraineté et pris possession de la société politique, le décret fit rétroagir au 14 juillet 1787 toutes les dispositions qu'il contenait.

**67.** — La Convention mit les enfants naturels sur la même ligne que les enfants légitimes et tandis que dans l'ancien droit les bâtards ne pouvaient, en principe, rien réclamer dans la succession de leurs père et mère, si ce n'est des aliments, la loi du 12 brumaire an II déclara que tous les enfants naturels succéderaient à leurs père et mère et que même leurs propres descendants les représenteraient dans ces successions... Ils étaient donc favorisés de la réserve si considérable attribuée par la loi du 5 brumaire, de neuf dixièmes des biens du défunt <sup>1</sup>. Quant aux enfants adultérins, la Convention leur accorda à titre d'aliments, le tiers en propriété de la part à laquelle ils auraient eu droit, s'ils étaient nés dans le mariage ; c'était excessif <sup>2</sup>.

**68.** — Enfin vint la célèbre loi du 17 Nivôse an II qui posa les principes fondamentaux du droit successoral moderne et qui sanctionne, en les réunissant, les dispositions des décrets antérieurs, notamment de ceux de 7 mars 1793 et de 5 brumaire an II. En effet, voici les termes de l'art. 9 : « Les successions des pères et mères « ou autres ascendants et des parents collatéraux, ou « vertes depuis et compris le 14 juillet 1789 et qui s'ou-

<sup>1</sup> Art. I, et 16 du décret du 12 brum an II. Duvergier, t. VI, p. 331.

<sup>2</sup> Pour être admis à l'exercice de ces droits, les enfants nés hors mariage devaient prouver seulement leur possession d'Etat : celle-ci pouvait résulter de la représentation d'écrits publics ou privés du père ou de la mère ou encore de la suite des soins donnés tant à leur entretien qu'à leur éducation (art. 8).

« vriront à l'avenir, seront partagées également entre les  
« enfants, descendants ou héritiers en ligne collatérale,  
« nonobstant toutes lois coutumes, donations, testamens,  
« et partages déjà faits. En conséquence, les enfants, des-  
« cendants et héritiers en ligne collatérale ne pourront  
« même en renonçant à ces successions, se dispenser de  
« rapporter ce qu'ils auront eu à titre gratuit par l'effet des  
« donations que leur auront faites leurs ascendants ou  
« leurs parents collatéraux, le 14 juillet 1789 ou depuis »  
Et l'art. 16 porte : « Les dispositions générales du présent  
« décret ne font point obstacle pour l'avenir à la faculté  
« de disposer du sixième de son bien, si l'on a des héritiers  
« collatéraux au profit d'autres que des personnes appe-  
« lées par la loi au partage des successions. » En outre, en  
vertu de l'effet rétroactif qu'elle attachait à ses disposi-  
tions, la loi de Nivôse an II, annulait les donations en-  
tre vifs, les institutions contractuelles et toutes les dis-  
positions à cause de mort dont l'auteur était encore vi-  
vant ou n'était décédé que le 14 juillet 1789 ou depuis,  
alors même qu'elles auraient été faites antérieurement <sup>1</sup>.  
Cependant les donataires furent autorisés à retenir sur  
ces dispositions ainsi annulées un dixième ou un sixième  
suivant que le disposant avait pour héritier des parents  
en ligne directe ou des collatéraux <sup>2</sup>. S'il y avait plusieurs  
institués à titre universel, ils devaient concourir au  
marc le franc. Le donateur ou légataire à titre universel  
pouvait en outre conserver sur la succession autant de  
valeurs égales au quart de sa propre retenue, qu'il y  
avait eu d'enfants au moment de la libéralité <sup>3</sup>. Dans le

<sup>1</sup> Art. 1.

<sup>2</sup> Art. 17.

<sup>3</sup> Art. 19 et 20.

cas où le titre universel s'appliquait à un simple usufruit, la retenue pouvait s'élever jusqu'à la jouissance du cinquième, si ce titre avait été conféré par une personne ayant des enfants, et du tiers, si le donateur n'avait pas eu d'enfants<sup>1</sup>. Si l'institué, donataire ou légataire était successible, il pouvait, pour le passé, user de la retenue suivant ces règles, ou s'en tenir à sa part héréditaire ; mais dans aucun cas, il ne pouvait les cumuler<sup>2</sup>.

Malgré la révocation générale prononcée par l'article 1, les dons et legs à titre particulier fait depuis le 14 juillet 1789 étaient maintenus, à la double condition qu'ils n'excédassent pas 10,000 livres, et que celui qui les avait reçus n'eût pas alors une fortune supérieure à 10,000 livres, s'il n'avait pas d'enfants, ou dans le cas contraire à 10,000 livres plus autant de fois 5,000 livres qu'il y avait d'enfants à cette époque<sup>3</sup>. Lorsque la fortune du donataire était supérieure à 10,000 livres, l'avantage qui lui avait été fait, devait être réduit de façon que son patrimoine, augmenté de cette libéralité, ne se trouvât pas supérieure au taux fixé par le décret, c'est-à-dire à 20,000 livres, s'il n'avait pas d'enfants et dans le cas contraire, à la même somme, augmentée d'autant de fois 5,000 livres qu'il avait d'enfants vivants au moment de la donation. Enfin les libéralités à titre particulier faites par une personne laissant une succession dont l'actif était supérieur à 20,000 livres, devaient être maintenues jusqu'à concurrence du sixième de cette somme, à moins que les donateurs ou légataires n'aimassent mieux s'en

<sup>1</sup> Art. 18.

<sup>2</sup> Art. 24.

<sup>3</sup> Art. 34 et 31.

tenir à la règle fixée pour les fortunes moindres<sup>1</sup>.

Relativement aux dispositions précédentes, on ne peut que blâmer la loi du 17 Nivôse an II. Dans la crainte de voir des inégalités naître dans le sein des familles, le législateur dépouilla le père du pouvoir de distribuer ses biens suivant les aptitudes de chacun et l'intérêt de la famille. Mais c'était détruire l'autorité paternelle en enlevant au père le pouvoir de régler sa succession, de récompenser l'affection de ses enfants, et de punir leurs mauvais sentiments. La loi de Nivôse le privait du moyen de sanctionner leur devoir d'obéissance, de récompenser les inégalités de position qui se seraient produites entre eux, la différence de mérite, la différence de services rendus, enfin le plus ou moins d'aptitude de se suffire à soi-même. « Elle était, disait Tronchet, un abus de l'imagination échauffée par une théorie brillante de métaphysique, la destruction de toute autorité paternelle, une inégalité injuste qui interdisait tout recours pour l'enfant disgrâcié de la nature ou frappé par l'inconstance de la fortune<sup>2</sup>. » J'ajoute, qu'à un autre point de vue, cette loi portait atteinte au droit de propriété : en effet d'une part, elle anéantissait presque l'un de ses attributs essentiels, le droit de disposer en permettant au père de ne disposer que d'un dixième ou d'un sixième de ses biens, portion évidemment par trop minime ; de l'autre elle lui portait atteinte en défendant à l'ascendant d'avantager l'un de ses enfants ; or, au moment où le testateur accomplit des actes de libéralités,

<sup>1</sup> Art. 40 et 41.

<sup>2</sup> Locré. *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des Codes Français* (1827), t. XI, p. 446.

n'est-il pas le souverain maître de ses biens? ne peut-il pas, dès lors, en disposer, suivant les inspirations de sa volonté? En outre, quoique je croie qu'une loi ne doit pas frapper d'indisponibilité une portion du patrimoine du défunt au profit des collatéraux, cependant même en concédant pour un instant qu'il serait raisonnable et moral d'accorder une réserve aux plus proches parents de cette ligne, la loi de Nivôse était critiquable, car il était exorbitant de pousser ce principe à l'extrême et de réserver cinq sixièmes d'un patrimoine en faveur de parents quelquefois presque inconnus du decujus. — Enfin s'il y avait quelque chose qui fût digne de toute réprobation, c'était assurément l'effet rétroactif que cette loi attachait à ses dispositions. Une loi ne doit pas rétroagir dans le passé : le principe de la non rétroactivité est conforme à la raison et à l'équité. A la raison, car la loi étant une règle de conduite, il en résulte nécessairement qu'elle ne peut commander, défendre, autoriser que pour l'avenir : comment serait-elle obligatoire avant d'être connue? A l'équité, car dans une société bien organisée les particuliers ne doivent pas être exposés à voir leur état ou leur fortune compromise par un changement de législation. Autrement il n'y aurait rien de stable : les intérêts les plus précieux et les plus sacrés des citoyens et des familles ne reposeraient plus sur aucune base, sur aucune garantie. Le législateur révolutionnaire ne fut pas arrêté par ces considérations, (qu'il qualifiait de *misérables arguties*<sup>1</sup>) sous prétexte que les principes contenus dans la loi de Nivôse avaient été proclamés implicitement au moment même où la Révolution avait éclaté et que même ils en avaient été

<sup>1</sup> Guichard. *Code de succession*. Paris, an VII, t. I, p. 28.



la cause impulsive, que, par conséquent, la rétroactivité n'existait qu'en apparence. En réalité il violait manifestement l'art. 14 de la *déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, qui portait que : *l'effet rétroactif donné à une loi serait un crime*<sup>1</sup>.

**69.** — Après avoir ainsi battu en ruine l'ancienne société, la loi du 17 Nivôse an II formula sa pensée d'avenir et le système de succession destiné à remplacer celui des coutumes et du droit écrit. Elle ne reconnut plus aucune différence dans la nature des biens ou dans leur origine, pour en régler la transmission : elle effaça les distinctions coutumières des propres et des acquêts et la succession des propres basée sur la maxime : *paterna paternis materna maternis*, dans le but de simplifier les opérations préliminaires du partage des successions, affranchir de tout entrave la circulation des biens et ne faire dépendre la vocation héréditaire que dans l'affection présumée du défunt, en empruntant ainsi au droit romain l'idée de l'unité du patrimoine<sup>2</sup>. — Outre le partage égal qu'elle proclamait entre cohéritiers<sup>3</sup>, conséquence du but qu'elle poursuivait, à savoir le morcellement et le nivellement des fortunes, la loi de Nivôse divisa les héritiers en trois ordres, les descendants, les ascendants et les collatéraux, en y admettant la représentation à l'infini<sup>4</sup>. Elle n'accorda aucun privilège

<sup>1</sup> Constitution du 24 juin 1793. Voy. Tripiér : *Constitutions qui ont régi la France*. Paris 1879, p. 77.

<sup>2</sup> Voyez art. 732 du Code civil.

<sup>3</sup> Voyez supra, art. 9.

<sup>4</sup> La représentation à l'infini en ligne collatérale est sujette à critique : la présomption d'affection s'affaiblit et disparaît dans cette ligne à mesure que les degrés se multiplient et s'éloignent. En outre les espérances de transmission y sont, par suite, aussi plus incer-

au double lien, ajoutant seulement que si des parents collatéraux descendaient tout à la fois des auteurs de plusieurs branches appelés à la succession, ils recueilleraient cumulativement la portion à laquelle ils étaient appelés dans chaque branche<sup>1</sup>.

Par cela seul qu'elle gardait le silence sur l'exhérédation, elle en prononçait l'abrogation : en effet, le droit d'exhérédation avait engendré plus d'un abus, et la vérité est qu'il blessait les sentiments de la nature. Enfin dans son article 61, elle abolit « toutes les lois, coutumes, usages et statuts, relatifs à la transmission des biens par succession ou donation. » Par là se trouvait supprimée la réserve coutumière, qui ne pouvait d'ailleurs survivre à la distinction des propres et acquêts, le douaire, et le tiers coutumier de Normandie.

**70.** — Une question controversée est celle de savoir quelle était la nature de la portion indisponible organisée par la loi de Nivôse. Avait-elle le caractère de la réserve coutumière, c'est-à-dire, était-elle un droit exclusivement héréditaire, ne pouvant, dans aucun cas, appartenir aux héritiers renonçants ? ou bien, au contraire, avait-elle le caractère de la légitime de droit et pouvait-elle, par conséquent, être retenue par le successeur gratifié et renonçant ? Suivant M. Ragon, cette quotité indisponible, que la loi n'a point qualifiée, était

taines : et le prédécès d'un héritier présomptif ne trompe alors aucune attente assez fondée pour que la représentation puisse paraître nécessaire. Enfin ce système de la loi de Nivôse poussait à un morcellement sans fin des propriétés et devenait une source féconde de difficultés et de procès.

<sup>1</sup> Art. 89. Mais fallait-il ensuite, après la *fente* entre les deux lignes, opérer une *refente* entre les différentes branches de chaque ligne ? Voy. Demolombe. *Des succ.* t. I, n° 357.

une légitime, et dès lors, rien ne s'opposait à ce que le renonçant retînt la part héréditaire : il invoque à l'appui de sa manière de voir l'autorité de Grenier<sup>1</sup>, un témoin de la pratique à laquelle la loi donna lieu, et de Mestadier, autre contemporain de la loi de Nivôse<sup>2</sup>. Il en cite, en outre, un arrêt de la Cour Suprême qui cassa un arrêt de la Cour de Paris qui avait refusé à un donataire renonçant le droit de retenir sa part héréditaire par une fausse application des lois précitées<sup>3</sup>. — Pour moi l'opinion de M. Ragon doit être rejetée. Ce savant auteur n'étudie pas le droit intermédiaire avec impartialité : zélé partisan, dans le droit actuel, de la théorie du cumul de la réserve et de la quotité disponible, par le successible renonçant, il cherche et croit trouver partout des arguments en faveur de sa doctrine. — Je dis qu'il faut rejeter, sur la question que je viens de poser, l'opinion de M. Ragon, et cela pour deux raisons : d'abord je remarque que la loi de Nivôse ne déterminait pas directement le montant de la portion indisponible : ce qu'elle déterminait c'est le quantum de la quotité disponible. Elle fixait uniquement la portion du patrimoine dont le propriétaire pouvait disposer à titre gratuit, d'où résultait par voie de conséquence, celle dont il n'avait pas la libre disposition ; or, comme elle ne posait aucune règle spéciale pour la transmission de cette portion indisponible, je conclus qu'elle demeurerait naturellement dans la succession ab intestat, dont elle faisait partie intégrante, et que, comme celle-ci, elle était exclusivement attribuée

<sup>1</sup> Grenier. *Traité des donations*, (1807), t. IV, n° 475, p. 19.

<sup>2</sup> Voy. Sirey 1832, 2, 113.

<sup>3</sup> Ragon *op. cit.* t. I, n° 126, p. 226.

à ceux des successibles, qui se portaient héritiers. — En second lieu, l'article 9 de la loi de Nivôse an II me fournit un argument irréfutable contre la théorie de M. Ragon : lisons-le de nouveau : *les héritiers ne pourront, même en renonçant, se dispenser de rapporter ce qu'ils auront reçu à titre gratuit.* » En présence de termes aussi clairs, aussi formels, il est impossible de soutenir avec succès la rétention au profit du renonçant<sup>1</sup>.

71. — On comprend aisément l'effet désastreux que produisit la loi de Nivôse, en remettant en question tous les partages faits depuis près de quatre ans et en bouleversant des actes qui avaient été la base d'une foule de stipulations. Aussi dès le 5 floréal an III un décret décida-t-il que tous procès commencés à raison de l'effet rétroactif de la loi de Nivôse seraient suspendus ; et le 9 Fructidor une seconde loi décida que la loi de Nivôse n'aurait d'effet qu'à compter de sa promulgation. Enfin une troisième loi du 3 Vendémiaire an IV fut nécessaire pour réglementer l'abolition de l'effet rétroactif de la loi de Nivôse. Tout ce qui avait été fait en vertu de cet effet rétroactif fut déclaré nul, et on dut faire de nouveaux partages ; mais les droits acquis, par application de la rétroactivité de la loi de Nivôse, furent respectés, toute les fois que les tiers acquéreurs étaient de bonne foi.

72. — *Le Directoire* passa, comme l'assemblée législative, sans laisser de traces sensibles, en ce qui concerne notre matière. Quant au *Consulat*, plus fortement

<sup>1</sup> Beauteemps-Beaupré *op. cit.* t. I, n° 104, p. 82. — M. Labbé. *Revue pratique*, t. V, (1858), n° 71, p. 317. — Demolombe. *Tr. des donations*, t. II. — Boissonade *op. cit.* p. 361. — Can Delisle. *Limite du droit de rétention*, n° 66, et 67. — Vernet. *Traité de la quotité disponible*, p. 3, 30.

constitué, éclairé déjà par les malheurs de ses devanciers, il pouvait faire mieux qu'eux, et il fit. — A ce moment le Code Général était déjà à l'étude ; mais le mal paraissait urgent ; les réclamations ne cessaient de s'élever. Pour les apaiser, le Pouvoir Exécutif fit présenter par les conseillers d'Etat Boulay de la Meurthe et Regnaud de Saint-Jean d'Angély, un projet de loi extrait du projet Jacqueminot, et qui distribué, le 17 Ventôse au Corps législatif, le 21 au Tribunat, devint la loi du 4 Germinal an VIII. Cette loi ne devait, de l'aveu même du Gouvernement, avoir qu'un caractère provisoire, jusqu'à la promulgation de la loi définitive, qui devait faire partie du Code Général.

Cette loi vint remédier au malheureux état de choses créé par le décret du 17 Nivôse an II : elle ne dérogea point aux règles établies en matière de succession légale ou de disposition entre époux. Elle se borna à diminuer la quotité disponible et à permettre au père d'avantager un ou plusieurs de ses enfants<sup>1</sup>. — La quotité disponible, qu'elle déterminait, variait suivant le nombre et la qualité des héritiers : elle était du quart si le défunt laissait moins de quatre enfants, du cinquième, s'il en laissait quatre, du sixième, s'il en laissait cinq et ainsi de suite, en comptant toujours pour déterminer cette quotité le nombre des enfants plus un. Les descendants des enfants prédécédés venaient par représentation et ne comptaient que pour leur auteur<sup>2</sup>. — On pouvait disposer de la moitié de ses biens quand on laissait soit des ascendants soit des frères ou sœurs, soit des enfants ou petits enfants des frères ou sœurs ; de trois

<sup>1</sup> Duvergier, tome XII, p. 186.

<sup>2</sup> Art. 2.



quarts, si on laissait, soit des oncles ou grands oncles, tantes, ou grand'tantes, soit de cousins germains ou cousines germaines<sup>1</sup>. A défaut de ces parents, le disposant jouissait d'une entière liberté de disposition. Quoiqu'on ait reproché à cette loi d'avoir accordé une portion de biens trop forte aux collatéraux du quatrième et sixième degré, et que, dans le cas, d'ailleurs assez rare où le testateur avait dix enfants, le disponible fût inférieur à celui de la loi de Nivôse, néanmoins il faut reconnaître qu'elle réalisa un grand progrès sur les lois antérieures.

**73.** — La seconde disposition remarquable de la loi de Germinal an VIII c'est l'abrogation de la prohibition faite au père par la loi de Nivôse, d'avantager un de ses enfants au détriment des autres. L'art. 5 porte en effet : « *Les libéralités autorisées par la présente loi pourront être faites au profit des enfants ou autres successibles du disposant, sans qu'ils soient sujets à rapport.* » Les derniers mots de cet article ont donné lieu à une difficulté : on s'est demandé quel en était au juste le sens : en résultait-il une dispense légale, de telle sorte que les héritiers donataires ou légataires n'étaient soumis à l'obligation du rapport qu'autant que le disposant la leur avait lui-même imposée, ou bien, au contraire, la loi se bornait-elle seulement à autoriser le disposant à dispenser de l'obligation du rapport le successible donataire ou légataire, de telle sorte que le successible y était soumis légalement, s'il n'en avait pas été dispensé par le défunt ? Vernet et Toulier<sup>2</sup> ont soutenu que le successible, ayant reçu une

<sup>1</sup> Art. 4.

<sup>2</sup> Vernet *op. cit.* p. 330. — Fr. Taulier. *Théorie raisonnée du Code*

libéralité du défunt, était de plein droit et en dehors de toute clause de préciput, dispensé de rapport. — Cette opinion ne me semble pas exacte, et je pense, au contraire, que la loi de Germinal an VIII n'établissait pas de plein droit une dispense de rapport. Je fais observer à cet effet que l'art. 5 porte que les *libéralités* pourront être faites aux enfants et autres successibles sans qu'ils soient sujets à rapport, c'est-à-dire sans y être toujours et nécessairement sujets, comme ils l'étaient sous la loi de Nivôse an II. En outre, il n'est pas admissible que la loi de Germinal se soit jetée dans l'excès opposé et prononçât elle-même arbitrairement une dispense de rapport, alors que le silence du disposant doit bien plutôt s'interpréter en sens inverse, et indiquer la volonté de ne faire à son successible qu'un avancement d'hoirie qui ne rompra pas l'égalité. L'art. 5 n'indique que la possibilité d'avantager un successible<sup>1</sup>.

74. — La loi de Germinal ne contenant, de même que celle de Nivôse an II aucune disposition particulière relativement à la transmission de la portion indisponible, je conclus que celle-ci, comme tous les biens dont le propriétaire n'avait pas disposé, devait faire partie de la succession *ab intestat*, et à ce titre, être exclusivement réservée à ceux qui se porteraient héritiers. — Mais sous l'empire de cette loi l'enfant renonçant pouvait-il cumuler la part d'enfant et la disponible? M. Raccivil. Paris, t. III, p. 309. — Un arrêt de la cour de Riom de 1809 a jugé cette question dans leur sens.

<sup>1</sup> Voyez en ce sens : Chabot. *Questions transitoires sur le Code Napoléon*, Paris 1809, t. II, p. 191. — Ducaurroy, Bonnier, Roustain. *Commentaire théorique et pratique du Code civil* 1851, t. II, p. 475, n° 688 note 7. Demolombe *Succ.* t. IV, n° 161. — Voy. arrêt de cass. Sirey 1849, 1, 557.

gon répond affirmativement par la raison que la loi de l'an VIII ressemblant aux coutumes de préciput qui admettaient le droit de rétention, il est logique de penser qu'elle l'admettait également<sup>1</sup>. — Je préfère, pour ma part, l'opinion enseignée par Coin-Delisle. Il fait remarquer avec beaucoup de justesse, selon moi, qu'aucun texte n'autorise ce cumul ; qu'en outre le renonçant, n'étant pas héritier, ne peut rien garder de la succession, si une loi formelle ne lui en donne le droit ; qu'enfin Duveyrier a entendu cette loi dans un sens tout contraire aux effets de l'ancienne législation : « Sans doute, « disait ce tribun au corps législatif, l'ancien droit (à « l'égard de la puissance du père de disposer au profit « d'un seul enfant) était abusif, et méritait d'être réformé. « Dans les pays encore gouvernés par les lois romaines, « le père pouvait instituer un de ses enfants héritier universel et lui donner tout son bien, sauf la légitime réservée aux autres, avec le stérile honneur de l'institution « d'héritier. En pays coutumier le père pouvait faire à « l'un de ses enfants le même avantage sous le titre de « donation contractuelle, donation entre vifs, sauf la légitime des autres et les réserves coutumières, dont nous « avons parlé. L'enfant donataire ou légataire, pour conserver cet avantage n'avait qu'à renoncer à la succession, que ces avantages pouvaient absorber. Cette faculté était abusive, parce qu'elle était illimitée. *Le nouveau projet de loi paraît avoir pris un juste milieu, il permet au père de récompenser... Mais en ce cas, il borne cette « récompense, cette libéralité à la portion que le même projet « déclare disponible*<sup>2</sup>. »

<sup>1</sup> M. Ragon *op. cit.* page 236.

<sup>2</sup> Coin-Delisle, *op. cit.* p. 86.



# QUATRIÈME PARTIE

## CODE CIVIL

---

**De la Nature de la Réserve légale**

ET DES

**Personnes qui y ont droit**





# QUATRIÈME PARTIE

## CODE CIVIL

---

### PRÉLIMINAIRE

SOMMAIRE : 75. Publication du projet de la commission de l'an VIII. — 76. Nature de la portion indisponible qu'il organise. — 77. Projet spécial de la section de la législation sur la *légitime* des enfants et des ascendants et la *réserve* des frères et sœurs. — 78. Discussion au Conseil d'Etat. Adoption de l'amendement de Cambacères. — La légitime des ascendants admise sans discussion. Discussion de la réserve des collatéraux. Adoption. — 79. Rédaction communiqué au Tribunat. — 80. Observations du Tribunat. — 81. Suppression de la réserve des frères et sœurs.

**75.** — Le 24 thermidor an VIII, les consuls auxquels la constitution avait attribué l'initiative des lois, nommèrent une commission chargée de rédiger un projet de Code civil. Elle fut composée de Tronchet, président à la Cour de cassation ; Portalis commissaire du Gouvernement près du Conseil des Prises ; Bigot Préameneu, commissaire du Gouvernement près de la Cour de cassation et Maleville, juge en la même cour. Les membres de la Commission se partagèrent les différentes ma-

tières et le travail élaboré par chacun d'eux fut discuté en assemblée générale chez Tronchet, président de la Commission. Au bout de quatre mois, le projet était terminé. Imprimé dans le mois de Pluviôse an IX, il fut immédiatement soumis à l'appréciation du Tribunal de Cassation et des Tribunaux d'appel.

73. — La commission proposait que *les donations, soit entre vifs, soit à cause de mort ne pourraient excéder le quart des biens du donateur, s'il laissait à son décès des enfants ou descendants ; la moitié, s'il laissait des neveux ou nièces, enfants au premier degré d'un frère ou d'une sœur. A défaut des parents dans les degrés ci-dessus exprimés, les donations pouvaient épuiser la totalité des biens du donateur.* Cette disposition s'écartait notablement de la loi du 4 Germinal an VIII : elle restreignait le nombre des héritiers ayant droit à une portion indisponible ; elle rendait celle-ci indépendante au nombre de ceux qui devaient la recueillir ; elle créait enfin une nouvelle catégorie pour les neveux et nièces. — Contrairement à M. Labbé <sup>1</sup>, j'estime, que la portion du patrimoine dont cet article ne permettait pas de disposer, constituait une réserve, analogue à celle des coutumes, une masse attribuée collectivement aux héritiers du sang ; d'où la conséquence que, s'il y avait des réservataires renonçants, leur part dans la réserve accroissait aux autres et que par suite, si le renonçant était donataire, il n'avait aucun droit à la réserve et ne pouvait garder que la portion disponible. L'art. 22 du projet confirme cette interprétation, puisqu'il dispose que : « au décès du donateur, la réduction de la dona-

<sup>1</sup> M. Labbé. *De la manière de calculer la Réserve*, n° 74.

tion soit entre vifs, soit à cause de mort, ne pourra être demandée que par ceux des héritiers venant à succession au profit desquels la loi a restreint la faculté de disposer, et que proportionnellement à la part qu'ils recueilleront *dans la succession*. <sup>1</sup>. »

De même que la loi du 4 Germinal an IV, le projet admettait que la quotité disponible pût être donnée ou léguée aux enfants ou autres successibles et que la clause expresse de préciput et hors part affranchît de rapport le donataire ou le légataire du rapport <sup>2</sup>.

Quant aux tribunaux d'appel, ils présentèrent sur ces points des critiques assez divergentes. Les uns auraient voulu qu'on augmentât le nombre des héritiers privilégiés : tel fut spécialement l'avis du tribunal de Cassation et des tribunaux d'Amiens, de Bruxelles, d'Orléans, de Rouen et de Rennes ; d'autres se prononcèrent dans un sens opposé : tel fut l'avis des tribunaux d'Agen, de Dijon, de Liège, de Limoges, de Montpellier, de Paris qui contestaient le principe d'une réserve au profit des collatéraux et quelque-uns même celle des ascendants ; d'autres encore semblaient approuver le projet en gardant le silence. — La quotité de la portion indisponible fut également contestée en sens divers et quelques tribunaux pensaient qu'il fallait défendre d'attribuer tout ou partie de la quotité disponible à un ou plusieurs des héritiers et tout spécialement aux descendants, dans le but de maintenir l'égalité et l'harmonie dans la fa-

<sup>1</sup> Voyez. *Projet du Code civil présenté par la commission nommée par le gouvernement le 24 thermidor an 8*, ch. II, sect. I, art. XVI et XXII.

<sup>2</sup> Art. XVIII et XIX, *ibidem*, p. 238.

mille et d'éviter la discorde qui aurait pu résulter du système proposé.

Le projet de la commission et les observations des tribunaux furent soumis par le gouvernement à l'une des sections du Conseil d'Etat, à la section de législation. Ici, il fut presque entièrement transformé.

77.— La discussion du *Titre des donations et Testaments* commença au sein de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, le 30 Nivôse an XI. Au début de la séance, Bigot-Préameneu fit un rapport *sur la légitime* des descendants, *sur celle des ascendants et sur la réserve* des frères et sœurs, et exposa les principes qui avaient déterminé la section de législation à proposer les dispositions suivantes :

« S'il y a des enfants ou descendants au temps du décès, ils auront à titre de *légitime* les trois quarts de ce qui leur reviendrait par succession, s'il n'y avait pas de donation entre vifs ou testamentaire.

« A défaut de descendants, s'il y a des ascendants, leur *légitime* sera de moitié.

« A défaut de descendants et d'ascendants, s'il y a au temps du décès des frères et sœurs ou des descendants d'eux, la loi leur *réserve* le quart de ce qui leur reviendrait s'il n'y avait pas de donation entre vifs ou testamentaire ; sans néanmoins qu'à raison de cette réserve les donataires par actes entre-vifs, autres que les successibles, puissent être, en tout ou en partie, évincés des biens à eux donnés. »

« A défaut de parents dans les degrés ci-dessus exprimés les donations ou legs pourront épuiser la totalité des biens <sup>1</sup>. »

<sup>1</sup> Fenet. *Travaux préparatoires*, 254.



On voit à première lecture la différence essentielle entre ces articles et ceux du projet des rédacteurs. Celui-ci procède par prohibition de disposer : « *Les donations ne peuvent excéder.* » Au contraire, le projet de la section procède par voie dispositive et attributive au profit des enfants et des ascendants, à cause de leur qualité seule et sans supposer qu'ils seront héritiers : « *Ils auront à titre de légitime.* » La section de Législation proposait donc l'établissement, au profit des descendants et ascendants, d'une véritable légitime, calculée à l'exemple de celle des Pays de coutumes, sur la part qu'ils auraient recueillie, s'il n'y avait pas eu de disposition entre vifs ou testamentaire. — Quant aux frères et sœurs la Section leur accordait une réserve, qui, de même qu'autrefois la réserve coutumière ne devait atteindre que le legs et non pas aussi les libéralités entre vifs.

**78.** — Dès cette première séance de 30 Nivose an XI, la discussion s'engagea sur la question de savoir dans quelle mesure on pourrait disposer, lorsqu'il y avait des héritiers en ligne directe. Maleville pensait que la rédaction proposée, ne laissait pas au père de famille le pouvoir nécessaire pour faire respecter la discipline domestique et venir au secours de ceux de ses enfants qui en auraient le plus besoin par suite de circonstances malheureuses. Il proposait, en conséquence, d'un revenu au système de la coutume de Paris et de fixer cette légitime à la moitié des biens, quel que fut d'ailleurs le nombre des descendants <sup>1</sup>. Le consul Cambacères voulait qu'on graduât la faculté de disposer accordée au père de famille suivant le plus ou moins d'enfants qu'il

<sup>1</sup> Fenet. p. 254.

laisserait : ainsi il était d'avis de fixer la légitime aux trois quarts s'il y avait plus de deux enfants, au tiers, s'il n'y en avait que deux, à la moitié s'il n'y en avait qu'un seul<sup>1</sup>.

La discussion sur la quotité de la légitime des descendants fut continuée dans la séance du 21 pluviose. Tronchet aurait voulu conserver la loi du 4 germinal an VIII en la régularisant à la base ; il proposait de fixer la quotité disponible à la moitié des biens quand il n'y aurait qu'un enfant, et de la diminuer ensuite graduellement à mesure que la famille serait plus nombreuse<sup>2</sup>. Boulay proposait d'admettre que le père ne pût, dans aucun cas, disposer de plus du quart de ses biens. Ce fut l'avis du consul Cambacères qui l'emporta : on fixa la quotité disponible à la moitié des biens pour le cas où il n'y aurait qu'un enfant ; elle devait être réduite au tiers s'il y avait deux enfants, au quart s'il y en avait un plus grand nombre<sup>3</sup>.

La légitime des ascendants fut votée telle qu'elle était proposée et sans discussion<sup>4</sup>.

Mais on discuta, au contraire, la disposition relative à la réserve des collatéraux. Portalis attaqua le principe de l'article ; il n'admettait aucune portion indisponible pour les collatéraux : « elle est due, disait-il, en « ligne directe à cause de l'obligation imposée au père de « famille de pourvoir à l'établissement de ses enfants ; « or cette obligation n'existe pas entre frères. On fait va-  
« loir les liens que la nature a formés entre les frères :

<sup>1</sup> Fenet, p. 260.

<sup>2</sup> Fenet, p. 302 et suiv.

<sup>3</sup> Fenet, p. 318 et 319.

<sup>4</sup> Fenet, p. 319.

« ils sont nés du même père : ils ont partagé l'hérédité  
« paternelle. Ce ne sont pas là des motifs de gêner la  
« disposition d'un testateur. Si son patrimoine vient du  
« père commun, ses frères ont eu leur part et n'ont plus  
« rien à y prétendre. S'il l'a acquis par son industrie,  
« comment lui en refuser la libre disposition ? Ce droit  
« est une suite nécessaire de sa propriété, les liens de fa-  
« mille ! Ils se resserrent, ils se perpétuent par les égards  
« réciproques de ceux qu'ils unissent, par le doux com-  
« merce de bienfaits et par l'intérêt mutuel qu'ont tous  
« les membres de la famille de se ménager. L'intérêt,  
« comme la crainte, c'est le commencement de la sagesse.  
« — Bigot-Préameneu lui répondit « que le testateur  
« ayant la libre disposition des trois quarts de ses biens,  
« a une assez grande latitude pour récompenser l'affection  
« d'un frère et les conduire tous à leurs devoirs par la vue  
« de l'intérêt. Mais il est de la sagesse du législateur de  
« prévoir le cas où un parent dénaturé voudrait désorga-  
« niser sa famille et ravir au plus grand nombre de ses  
« parents, en faveur d'un seul, la portion de bien néces-  
« saire à leur existence<sup>2</sup>. » Maleville fit remarquer que  
« ne point accorder la légitime aux frères ce serait  
« passer trop brusquement d'un ordre de choses où la  
« presque totalité des biens était réservée aux parents, à  
« un autre où la loi n'établirait aucune réserve en leur  
« faveur<sup>3</sup>. » La discussion aboutit au système suivant : il  
fut décidé que les frères et sœurs auraient une réserve,  
que les neveux et les nièces n'y pourraient prétendre  
que dans le cas où ils viendraient en concours avec

<sup>1</sup> Fenet, p. 321-322.

<sup>2</sup> Fenet, p. 322.

<sup>3</sup> Fenet, p. 324.

des frères où des sœurs et que cette légitime ne pourrait pas porter atteinte aux donations entre vifs<sup>1</sup>. »

79. — Ce ne fut qu'après que le titre entier fut complètement voté que la section de législation fit présenter au Conseil, dans la séance du 3 germinal an XI, par Bigot-Préameneu une nouvelle rédaction du titre *des donations entre vifs et des testaments*, faites d'après les amendements adoptés dans les séances précédentes. Dans cette rédaction on abandonna le système de légitime pour celui des réserves puisque cette rédaction fixait directement, ainsi que le projet de la commission du gouvernement, la quotité disponible à l'égard de tous les ayants droit, indiquant par là d'une manière bien sensible, que ce dont il n'était pas permis de disposer était la succession *ab intestat*. Voici d'ailleurs les termes des articles qui nous intéressent :

*Art. 21.* — « Les libéralités, soit par actes entre vifs, « soit par testament, ne pourront excéder la moitié des « biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un en- « fant ; le tiers, s'il laisse deux enfants ; le quart, s'il en « laisse trois ou un plus grand nombre.

*Art. 23.* — « Les libéralités par actes entre vifs ou par « testament ne pourront excéder :

« La moitié des biens, si le défunt ne laisse pour hé- « ritiers que des ascendants dans chacune des lignes « paternelle et maternelle.

« La moitié et un huitième des biens, s'il ne laisse pour « héritiers que ses père et mère et des frères ou sœurs :

« Les trois quarts moins un seizième des biens, s'il ne « laisse pour héritiers que son père ou sa mère, et des « frères ou sœurs.

<sup>1</sup> Fenet, p. 326.

« Les trois quarts des biens, s'il ne laisse pour héritiers  
 « que des frères ou sœurs, ou s'il ne laisse que des as-  
 « cendants dans une des lignes et des héritiers collaté-  
 « raux, autres que des frères ou sœurs, dans l'autre li-  
 « gne.

« *Art. 24.* — Lorsque, dans le cas où, suivant l'article  
 « précédent, la portion disponible sera de la moitié et un  
 « huitième des biens, et dans le cas où suivant le même  
 « article, elle sera des trois quarts moins un seizième, les hé-  
 « ritiers y dénommés seront en concurrence avec des en-  
 « fants d'autres frères ou sœurs prédécédés : les disposi-  
 « tions pourront comprendre les mêmes quotités, et en  
 « outre ce que les enfants des frères ou sœurs prédé-  
 « cédés auraient à recueillir dans le surplus des biens à  
 « raison de leur part héréditaire.

« *Art. 25.* — Dans le cas où le défunt laisserait pour hé-  
 « ritiers des frères et sœurs en concurrence avec des en-  
 « fants d'autres frères ou sœurs prédécédés, les disposi-  
 « tions pourront aussi comprendre les trois quarts des  
 « biens et en outre ce que les enfants des frères ou sœurs  
 « prédécédés auraient à recueillir dans le surplus des  
 « biens, à raison de leur part héréditaire.

« *Art. 26.* — A défaut d'ascendants et descendants et  
 « des frères ou sœurs, les libéralités par actes entre vifs ou  
 « testamentaires pourront épuiser la totalité des biens<sup>1</sup>. »

**80.** — Le projet de la loi ainsi arrêté fut communi-  
 qué officieusement à la section de législation du Tribu-  
 nat. Celle-ci proposa de fixer la quotité disponible aux  
 deux sixièmes ou au sixième des biens suivant qu'il y  
 aurait des ascendants en chacune des lignes ou en une  
 seule. En outre, elle fut d'avis que toute personne qui

<sup>1</sup> Fenet, p. 419-420.



n'avait ni descendants, ni ascendants, devrait jouir de la faculté de disposer librement de ses biens : « Les tiers, disait-elle, doivent passer aux ascendants. Tel est le vœu de la nature, tel doit être celui de la loi : ils sont la continuation de la personne du défunt : encore les ascendants doivent-ils avoir la liberté de disposer inégalement entré les enfants par le prélegs d'une quotité disponible ou de donner même cette quotité à un étranger. Cette faculté est le seul moyen de sanctionner sur la magistrature domestique si nécessaire pour le maintien des mœurs. Aussi ce principe a-t-il été consacré par l'art. 21. Le respect dû aux ascendants et qui doit se manifester jusqu'au dernier acte de la vie, exige encore qu'ils ne puissent recevoir l'outrage d'un oubli dans les dernières dispositions de leurs enfants. Mais s'il n'existe que des collatéraux, même des frères ou sœurs ou leurs descendants, alors même on ne peut voir des motifs pour gêner la liberté de disposer. Il est dans la nature de l'homme de regarder cette liberté comme un des biens les plus précieux. Elle est encore l'origine d'un sentiment de dignité, et elle peut être encore un des moyens d'exciter l'émulation et l'industrie. On s'attache avec plus de force à ce qui peut procurer le plus de douceurs : et c'en est un sans doute de pouvoir se livrer sans réserve à l'idée qu'on pourra récompenser des services ou venir au secours d'un ami. Enfin les biens de famille n'en seront pas relâchés ; ce sera peut-être au contraire un moyen de les resserrer. L'homme sans enfants sera plus à l'abri de la froideur ou des mauvais procédés de ses collatéraux lorsque ceux-ci sauront qu'il a le pouvoir de les punir<sup>1</sup>. »

<sup>1</sup> Fenet, p. 444 et 445.

81. — De ces deux observations, le conseil d'Etat ne fit droit qu'à cette dernière <sup>1</sup>. Aussi dans la rédaction définitive que présenta Bigot-Préameneu, la disposition relative à la réserve des frères et sœurs fut-elle retranchée. Ce changement conduisit à modifier l'article concernant les ascendants pour indiquer que ceux-ci devaient seuls profiter d'une portion indisponible.

Voici, enfin, les termes de nos articles dans cette rédaction définitive :

*Art. 21.* — « Les libéralités, soit par acte entre vifs ou par testament ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant légitime : le tiers, s'il laisse deux enfants ; le quart s'il en laisse trois ou un plus grand nombre <sup>2</sup>. » — Remarquons qu'on y a ajouté le mot *légitime*. C'est pour écarter toute difficulté à cet égard : en effet on aurait pu soutenir, en présence des termes absolus de l'art. 21 de la première rédaction, que l'enfant naturel pouvait faire restreindre la liberté de disposer dans la même mesure que l'enfant légitime.

*Art. 23.* — « Les libéralités par actes entre vifs ou par testament ne pourront excéder la moitié des biens, si à défaut d'enfants, le défunt laisse un ou plusieurs ascendants dans chacune des lignes paternelle et maternelle et les trois quarts, s'il ne laisse d'ascendants que dans une ligne.

« Les biens ainsi réservés au profit des ascendants seront par eux recueillis dans l'ordre où la loi les appelle à succéder. Ils auront seuls droit à cette réserve, dans tous les cas où un partage en concurrence avec des

<sup>1</sup> Fenet, p. 470.

<sup>2</sup> Art. 913. Code civil. Voy. Fenet, p. 476.

collatéraux ne leur donnerait pas la quotité de biens à laquelle elle est fixée.

*Art. 24.* — « A défaut d'ascendants et de descendants les libéralités par actes entre vifs ou testamentaire pourront épuiser la totalité des biens<sup>1</sup>. »

Bigot-Préameneu fut nommé avec Thibaudeau et Duchâtel pour présenter au corps législatif le projet de loi et pour soutenir la discussion dans la séance du 13 floréal. Le corps législatif transmit le projet et l'exposé des motifs au Tribunat le 3 floréal an XI et Jaubert en fit le rapport à l'Assemblée générale le 9 floréal. — Le Tribunat émit un vœu d'adoption qu'il fit porter au corps législatif par Jaubert, Sedillez et Favard. Ce dernier prononça le discours le 13 floréal an XI et dans la même séance le corps législatif rendit son décret d'adoption : la promulgation eut lieu le 23 floréal an XI (13 mai 1803).

<sup>1</sup> Art. 915, 916, du Code civil. Fenet, pp. 476.

## NATURE DE LA RÉSERVE LÉGALE

---

Je diviserai mes explications sur ce sujet en quatre chapitres : dans le premier je m'attacherai à démontrer que la réserve légale n'est que la succession dans sa portion indisponible, qu'il faut par conséquent, se porter héritier pour pouvoir la réclamer ; dans le second chapitre j'examinerai la célèbre question de savoir si le réservataire donataire qui renonce, peut cumuler la quotité disponible et sa part dans la réserve : dans le troisième chapitre je ferai l'histoire de la jurisprudence sur le droit de rétention du réservataire gratifié renonçant ; enfin dans le quatrième et dernier chapitre je me demanderai si le successible qui renonce fait nombre pour la fixation du montant de la réserve. Ainsi :

*Chapitre I.* Peut-on réclamer la réserve par voie d'action sans se porter héritier ?

*Chapitre II.* Le réservataire donataire qui renonce, peut-il cumuler la quotité disponible et sa part dans la réserve ?

*Chapitre III.* Histoire de la jurisprudence sur le droit de rétention du réservataire gratifié qui renonce à la succession.

*Chapitre IV.* Le successible qui renonce à la succession fait-il nombre pour la fixation du montant de la réserve.

## CHAPITRE PREMIER

### PEUT-ON RÉCLAMER LA RÉSERVE PAR VOIE D'ACTION, SANS SE PORTER HÉRITIER ?

SOMMAIRE : 82. La négative enseignée par l'unanimité des auteurs. — 83. Examen des travaux préparatoires sur la question. — 84. Arguments tirés des articles, 915, 917, 924, 930, 1004.... du Code civil. — 85. Objections, réfutation. — 86. Conséquences de cette doctrine. — 87. Système de Troplong suivant lequel la qualité d'héritier n'est pas nécessaire lorsqu'il n'y a rien dans la succession et que la réserve est à recouvrer par une action en réduction contre les donataires entre vifs. — 88. Réfutation de ce système.

**82.** — Chabot<sup>1</sup> et Rolland de Villargues<sup>2</sup> ont été, sous le Code, les seuls auteurs à soutenir que la réserve n'a pas un caractère essentiellement héréditaire. Aujourd'hui cette doctrine est abandonnée et on reconnaît en général que la réserve est une portion de la succession *ab intestat* qui ne peut être demandée que par ceux des héritiers qui viennent réellement à la succession. Cette dernière opinion se trouve confirmée, non seulement par différents articles du Code civil, mais encore par les travaux préparatoires.

<sup>1</sup> Chabot. *Traité des successions*. Sur l'art. 845, n° 9.

<sup>2</sup> Roland de Villargues. *Dissertation insérée dans Sirey* XIII, 2, 201.



**83.** — Le projet primitif, présenté au Conseil d'Etat, et correspondant à l'article 921 Code civil, était ainsi conçu : « Article 22 : Au décès du donateur, la réduction des donations ne peut être demandée que pour ceux des héritiers venant à la succession au profit desquels la loi a restreint la faculté de disposer, et que proportionnellement à la part qu'ils recueillent dans la succession. Ainsi les créanciers, les donataires et les légataires ne peuvent demander cette réduction.... » D'après cet article, il est évident, que pour exercer l'action en réduction, il fallait se porter héritier. — Dans le projet de loi présenté par Bigot-Préameneu au Conseil d'Etat le 5 Ventôse an XI, l'art. 25, correspondant à l'art. 22 du projet primitif, était ainsi rédigé : « Les créanciers, les donataires, les légataires du défunt ne pourront demander la réduction <sup>1</sup> ». Cet article fut, au sein du Conseil d'Etat, l'objet d'une discussion longue et approfondie. La question qu'il soulevait était la même que celle que j'ai rapportée dans l'ancien droit et qui, nous l'avons vu, avait tant préoccupé les jurisconsultes coutumiers. Il s'agissait de savoir si les créanciers du défunt, lorsque celui-ci avait un passif supérieur à son actif, pouvaient exercer leurs droits, se faire payer sur leurs biens provenant de la réduction des donations excessives. L'affirmative semblait une conséquence nécessaire de la doctrine suivant laquelle, pour réclamer la légitime, il fallait être héritier, mais il en résultait alors ce grave inconvénient, que le bénéfice de la réduction, appartenant en définitive aux créanciers, les légitimaires étaient amenés à renoncer à la succession et se trouvaient ainsi indirectement privés de tout secours.

<sup>1</sup> Fenet, tome XII, p. 333.

Si nous lisons les procès-verbaux de cette séance, nous y voyons que *tout le monde admettait le principe* (qui ressortait d'ailleurs si formellement de l'ensemble de la loi) *qu'il fallait être héritier pour avoir droit à la réserve, pour pouvoir agir en réduction contre les donataires.* Ainsi Réal dit « qu'à la vérité l'action en demande de légitime n'a été introduite qu'en faveur des enfants ; mais l'enfant qui exerce cette action *fait nécessairement acte d'héritier*, dès lors il est tenu de payer toutes les dettes : ainsi les biens qu'il n'aura demandés, qu'il n'aura obtenus qu'en conséquence du droit de légitime deviendront médiatement le gage des créanciers de la succession et tomberont dans leur main <sup>1</sup>. » Emmercy déclarait « qu'il considère la réduction comme un privilège réservé aux légitimaires exclusivement ; mais ils ne peuvent en faire usage *sans se porter héritiers* et ils ne peuvent revêtir cette qualité sans entrer dans tous les engagements du défunt qu'ils représentent <sup>2</sup>. » Murair dit « que le donataire n'est pas tenu des dettes postérieures à la donation ; mais la succession en est tenue : ainsi les choses que la réduction y fait rentrer en prenant le caractère de biens héréditaires deviennent le gage des créanciers, car l'action en réduction *est une action héréditaire et une portion de la succession* <sup>3</sup>. » Portalis s'opposait à un pareil résultat. « Mais, dit-il, on objecte que la légitime est une portion de l'hérédité' *Ce principe est incontestable* ; il est également vrai qu'il n'y a point de légitime dans toute succession dont l'actif est absorbé par les dettes. Mais ces principes ne reçoivent leur applica-

<sup>1</sup> Fenet, t. XII, p. 337.

<sup>2</sup> Fenet, t. XII, p. 339.

<sup>3</sup> Fenet, t. XII, p. 341.

tion que dans les cas ordinaires : ils sont impuissants contre l'exception établie par la loi en faveur des enfants<sup>1</sup>. Enfin Bigot-Préameneu fit remarquer « qu'il n'est pas possible de voir seulement l'enfant dans l'individu qui exerce ce droit, mais aussi l'*héritier au moins légitimaire* et dès là obligé envers les créanciers<sup>2</sup>. » On pouvait croire, au premier abord, que ce principe incontestable, fut contesté par Maleville, qui au cours de la discussion s'exprima dans les termes suivants : « Ce n'est pas comme héritier que le légitimaire demande le retranchement de la donation, puisque en cette qualité, il serait obligé de maintenir cette donation. C'est comme enfant et non comme héritier ; c'est comme n'ayant pu être privé de sa légitime par des dispositions à titre gratuit, qu'il retranche ces donations excessives, et qu'il se met, par l'autorité de la loi, à la place des donataires<sup>3</sup>. » Maleville ne pensait pas autrement que tous ses collègues. Comme tout le monde, il pensait que l'enfant ne peut, s'il renonce, avoir droit à la réserve. Cela n'est pas douteux, en présence de cette réponse qu'il fit à une objection de Réal : « Sans doute le légitimaire qui aurait répudié l'hérédité de son père ne serait pas reçu à quereller les donations. » Seulement l'orateur, voulant expliquer comment les créanciers n'avaient pas eux-mêmes droit à la réserve, s'engagea dans une distinction subtile, et prétendit que l'enfant prenait la réserve non en qualité d'héritier, mais en qualité d'enfant. Voulait-il dire par là que l'enfant peut en renonçant, prendre sa réserve ? Evidemment non ; je

<sup>1</sup> Fenet, p. 341.

<sup>2</sup> Fenet, p. 343.

<sup>3</sup> Fenet, p. 345.

viens de le montrer. Il entendait seulement indiquer que la qualité d'héritier, quoique nécessaire, n'était pas suffisante, et qu'à cette qualité, il fallait joindre celle d'enfant. En d'autres termes, Maleville voulait dire que le droit à la réserve ne provient pas du défunt, mais qu'il prend naissance dans la personne de l'enfant héritier au moment de l'ouverture de la succession<sup>1</sup>. — Ainsi tous les membres du Conseil d'Etat avaient adhéré à un système qui considérait le principe d'une portion indisponible comme une faveur introduite au profit de ceux qui ont et qui acceptent la qualité d'héritier. Et chose importante à noter, la décision adoptée à la suite de cette discussion fut que les créanciers de la succession pourraient exercer leur action sur les biens provenant de la réduction<sup>2</sup>.

Ce système fut-il abandonné plus tard? Non; c'est ce qui reste à démontrer. Remarquons que cette décision allait au-delà de la jurisprudence coutumière, qu'elle faisait produire à la qualité d'héritier, nécessaire au légitimaire, une conséquence contre laquelle les anciens usages et de graves considérations juridiques protestaient. Aussi rencontra-t-elle de l'opposition dans la section du Tribunal à laquelle le projet amendé fut communiqué. La section demanda le retranchement de cette disposition par les raisons suivantes : « l'action en réduction est un droit purement personnel. Il est réclamé par l'individu comme enfant, abstraction faite de la qualité d'héritier, qu'il peut prendre ou non. S'il en était autrement, il arriverait souvent que l'action en réduction serait illusoire. D'ailleurs, dans ce cas, il est indif-

<sup>1</sup> Voyez en ce sens Marcadé, t. III. Sur l'art. 914, p. 425 (V<sup>e</sup> édit.)

<sup>2</sup> Fenet, p. 349.

fèrent pour les créanciers du défunt, postérieurs à la donation, que l'enfant exerce son droit de réduction ou non, puisque s'il ne l'exerce pas, les créanciers n'en retirent aucun avantage. La réduction ne doit pas exister pour eux, mais uniquement pour l'enfant. » Aussi pour rendre ces idées le Tribunal proposait-il la réduction suivante qu'il pensait devoir être substituée à la décision du Conseil d'Etat : « *La réduction des dispositions entre vifs ne pourra profiter aux créanciers du défunt*<sup>1</sup>. » Je reconnais volontiers que le Tribunal n'exigeait pas la qualité d'héritier pour que l'on pût réclamer la portion indisponible et que sa proposition fut admise par le Conseil d'Etat *quant au fond*, c'est-à-dire qu'il reconnut le caractère personnel du droit de demander la réduction et que l'action des créanciers sur les biens recouvrés par l'effet de la réduction fût exclue. Mais faut-il conclure de là que le Conseil d'Etat en adopta aussi les raisons données par le Tribunal? Evidemment non. On ne peut croire que, sans discussion, même sans observation, il ait abandonné incidemment l'idée principale de son système qu'il faut être héritier pour avoir droit à la portion indisponible. Ce que tous avaient adopté, ne peut avoir disparu sans une seule protestation. Ce n'est pas ainsi que le Conseil d'Etat se laissait imposer sur des points fondamentaux des opinions contradictoires avec celles qu'il avait prises pour point de départ. S'il accueillit la proposition émise par le Tribunal ce ne fut pas par le motif que l'action en réduction appartenait à l'enfant, abstraction faite de la qualité d'héritier, mais par un tout autre que voici : Devant le Conseil d'Etat, Tronchet, absent lors de la première discussion, appuya

<sup>1</sup> Fenet, p. 448.



fortement, dans la séance du 24 germinal an XI, la rédaction proposée par le Tribunat pour la raison que le Conseil, ayant admis au titre des successions que les biens provenant d'un rapport n'étaient pas dus aux créanciers, *on se contredirait* si on reconnaissait un droit à ces créanciers sur les biens provenant d'une réduction. « L'article suppose, dit-il, que l'enfant ne retirera sa légitime qu'au profit des créanciers postérieurs à la donation ; or, il a été reconnu en principe que toutes les fois qu'il s'agit d'exécuter une disposition prohibitive, il faut considérer pour quelle fin elle existe : si c'est par des motifs d'intérêt public, la prohibition est absolue ; mais si elle n'est relative qu'à un intérêt particulier, ce serait s'écarter du but de la loi que d'en donner le bénéfice à une autre personne qu'à celle en faveur de qui la loi l'a établie. On a rendu deux fois hommage à ce principe : 1° dans le titre *du Mariage*, où en distinguant entre les formalités celles qui sont introduites par des raisons d'ordre public, de celles qui ont pour objet l'intérêt des pères ou d'autres individus, on n'a permis qu'à ces personnes de faire valoir l'omission des dernières. 2° dans le titre *des successions*, où on a décidé que le rapport profitait aux héritiers seulement et non aux créanciers. Ce serait donc se contredire que d'obliger le légitimaire à donner aux créanciers la portion des biens que la réduction lui rend : la réduction alors serait établie au profit de ces créanciers. Il n'y aurait plus de légitime assurée, si elle pouvait être enlevée par un créancier postérieur sur la chose aliénée avant que sa créance existât. Il doit s'imputer de n'avoir pas connu la condition de son débiteur, et il avait les moyens de s'en instruire, puisque la donation était pu-

blique. Ainsi la peine de son imprudence tomberait sur le légitimaire, auquel cependant la loi n'a accordé une réserve que pour le mettre à l'abri des dissipations de son père, ou plutôt le créancier deviendrait légitimaire<sup>1</sup>. » N'est-il pas manifeste que, si le Conseil d'État avait abandonné l'idée qu'il avait admise à l'unanimité, Tronchet en eût nécessairement parlé dans cette séance ? Et puisque ni lui ni d'autres n'en dirent un seul mot ce que l'amendement du Tribunat fut admis par des motifs tout autres que ceux de ses rapporteurs, n'est-il pas constant que l'idée première a été maintenue et qu'après comme avant le changement de réduction, le droit à la portion indisponible fut subordonné à l'acceptation préalable de la succession ? Ce qui le prouve encore, c'est que dans l'exposé des motifs au Corps législatif, Bigot-Préameneu, qui devait bien mieux connaître l'esprit du projet que les membres du Tribunat, puisqu'il l'avait rédigé, donna constamment la qualité d'héritier au réservataire, à celui qui exerce l'action en réduction : « Les biens sur lesquels les enfants et les ascendants doivent prendre la portion que la loi leur réserve étant ainsi déterminés, on avait à régler, dit-il, comment les héritiers exerceront cette reprise lorsque les biens, libres de dettes et déduction faite des dons et des legs, ne suffiront pas pour remplir la quotité réservée. Il est évident que le retour sur les legs ou donations n'est admissible que de la part de ceux au profit desquels la loi a restreint la faculté de disposer proportionnellement au droit qu'ils auraient dans la succession<sup>2</sup>. »

<sup>1</sup> Fenet, t. XII, p. 472.

<sup>2</sup> Fenet, p. 539.

Ainsi, l'examen des travaux préparatoires du Code me semble établir que les rédacteurs ont voulu maintenir les principes professés par les auteurs des pays coutumiers et décider comme eux que la portion indisponible n'est qu'une fraction de la succession, qu'une *pars hereditatis*.

84. — J'aborde maintenant les textes du Code civil. — Le siège de la matière est l'art. 913, ainsi conçu : « Les libéralités, soit par acte entre vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant légitime, le tiers s'il laisse deux enfants ; le quart s'il en laisse trois ou un plus grand nombre. » Qu'y voyons-nous ? Ce n'est pas la réserve qui est fixée directement, mais la portion de biens dont le propriétaire pourra disposer à son gré, suivant le nombre des héritiers. Ce n'est qu'indirectement et par voie de conséquence, c'est-à-dire, par la limitation de la quotité disponible que la réserve elle-même se trouve corrélativement et tacitement déterminée. Et cette réserve, le législateur ne l'attribue pas d'une façon expresse à telle ou telle personne : il la laisse où elle est, dans la succession *ab intestat* du défunt, sans s'occuper des modes de transmission, d'attribution ou de répartition de cette quotité indisponible, qui se trouve dès lors soumise à toutes les règles qui gouvernent la succession *ab intestat* ; or, pour obtenir une succession *ab intestat*, il faut être héritier, d'où il suit que pour réclamer cette réserve, la seule qualité de parent ne suffit pas ; il faudra y joindre le titre d'héritier. En un mot le patrimoine de toute personne qui laisse des enfants et des ascendants, se divise de plein droit en deux portions : l'une disponible peut être attri-

buée par donations entre vifs ou par testament à ceux qu'elle a voulu gratifier ; l'autre forme la succession *ab intestat* elle-même et est régie par les mêmes règles. Aussi MM. Aubry et Rau définissent ils très exactement la réserve en disant qu'elle est : « *le droit héréditaire des parents en ligne directe en tant qu'il est garanti jusqu'à concurrence d'une certaine quotité de biens, contre les dispositions entre vifs ou testamentaires de la personne à la succession de laquelle ils sont appelés par la loi*<sup>1</sup>. » Et M. Valette en a donné une définition excellente : *c'est une succession ab intestat, dit-il, protégée, défendue contre les libéralités excessives*<sup>2</sup>. »

Les articles suivants sont tout aussi explicites :

*Article 915 § 2* : « Les biens ainsi réservés au profit des ascendants seront par eux recueillis *dans l'ordre où la loi les appelle à succéder*. » De ce qu'en effet l'ascendant qui n'est pas en ordre pour succéder *ab intestat*, comme par exemple, l'aïeul, exclu par des frères et sœurs, ne peut réclamer la réserve, il en résulte que celle-ci est la succession *ab intestat* elle-même et que dès lors, pour avoir droit à la première, il faut avant tout venir à la seconde.

*Article 917*. « Si la disposition par acte entre-vifs ou « par testament est d'un usufruit ou d'une rente viagère « dont la valeur excède la quotité disponible, les *héritiers* au profit desquels la loi fait une *réserve*, auront « l'option..... » Cet article parle d'une option qui ne peut être exercée que par celui qui détient les biens de la succession, c'est-à-dire par l'héritier qui l'a acceptée.

<sup>1</sup> MM. Aubry et Rau, t. VII, § 679, p. 163.

<sup>2</sup> Voy. Dictionnaire de La Rousse V<sup>o</sup> *Réserve*.

La corrélation entre la qualité d'héritier et la réserve y est frappante.

*Article 922* : « La réduction se détermine.... On calcule sur tous ces biens, après en avoir déduit les dettes, quelle est *eu égard à la qualité des héritiers qu'il laisse, la quotité dont il a pu disposer*. Ainsi la loi donne expressément aux réservataires le nom d'héritiers.

*Article 924* : « Si la donation entre vifs réductible a été faite à l'un des successibles, il pourra retenir, sur les biens donnés, la valeur de la portion qui lui appartiendrait, *comme héritier* dans les biens non disponibles, s'ils sont de la même nature. » Ce texte est tellement explicite que tout commentaire est inutile.

*Article. 930*. « L'action en réduction ou revendication pourra être exercée par *les héritiers* contre les tiers détenteurs des immeubles. » Ainsi, si les descendants et les ascendants n'ont pas leur réserve intacte, ils auront le droit de poursuivre les immeubles même entre les mains des tiers détenteurs, et cela en qualité d'héritiers.

*Article 1004*. « Lorsque au décès du testateur il y a des héritiers auxquels une quotité de ses biens est réservée, ces héritiers sont saisis de plein droit par sa mort, de tous les biens de la succession et le légataire universel est tenu de leur demander la délivrance des biens compris dans le testament. » Or si le réservataire a la saisine, n'est-ce pas la preuve manifeste que c'est en qualité d'héritier et rien qu'en qualité d'héritier qu'il a droit à la réserve et que dès lors, le seul titre de descendant ou d'ascendant ne suffit pas pour l'autoriser à la réclamer ? Je puis, en effet, conclure de la saisine à la qualité d'héritier, puisque l'art. 724 n'ac-



corde la saisine qu'aux héritiers légitimes. La réserve n'est donc autre chose que la succession.

*Article 1016 § 1 :* « Les frais de la demande en délivrance seront à la charge de la succession sans néanmoins qu'il puisse résulter de réduction de la réserve légale. » Il est impossible d'établir la synonymie des deux mots d'une manière plus significative.

Enfin je citerai l'art. 1049 qui est remarquable : « Sera valable en cas de mort sans enfants, la disposition que le défunt aura faite par acte entre vifs ou testamentaire au profit d'un ou plusieurs de ses frères ou sœurs de tout ou partie *des biens qui ne sont point réservés par la loi dans la succession.* » Est-il permis de douter en présence des termes de ce texte, que la réserve est une portion de l'hérédité ? Il tranche catégoriquement la question dans le sens que je viens de développer.

D'ailleurs en vertu de quel autre titre le réservataire pourrait-il réclamer la portion indisponible ? La loi dans l'art. 711 nous dit : que la propriété des biens s'acquiert et se transmet par *succession, par donation entre vifs ou testamentaire et par l'effet des obligations.* Or il est évident qu'il ne peut invoquer à cet égard le titre de donataire ou de légataire puisque le défunt ne lui a rien donné ou légué, ni le titre de créancier, car il n'a point contracté avec lui. La réserve doit donc être comprise dans cette succession ; sans cela, elle ne pourrait être classée dans aucun des modes légaux d'acquisition de la propriété énumérés dans l'article précité.

85. — Chabot a objecté contre cette manière de voir que l'expression même d'héritier employée par le légis-

lateur est insuffisante pour prouver que la réserve ne peut être réclamée que par l'héritier qui accepte, car le code ne l'a pas toujours employée que pour désigner le successible qui accepte la succession ; qu'au contraire on voit dans un grand nombre d'articles qu'il s'est servi indifféremment du mot héritier, soit pour désigner le successible qui n'a encore ni accepté ni renoncé (art. 797), soit pour désigner le successible qui a accepté, soit même pour désigner le successible qui a renoncé (art. 785), qu'ainsi presque toujours il a confondu le mot héritier avec le mot successible<sup>1</sup>.

Je ne nie pas que le mot héritier soit susceptible d'acceptations variables et relatives, mais pour en découvrir le sens ne faut-il pas précisément s'attacher aux principes particuliers de la manière dans laquelle il est employé ? Or, d'après ce que je viens de dire, il ne saurait être douteux que, se servant constamment de cette expression, pour désigner ceux qui peuvent avoir droit à la réserve, le législateur a très nettement exprimé ainsi, que la réserve était un droit héréditaire attaché par conséquent à la qualité d'héritier.

On a objecté encore que les articles 913 et 915 ne parlent que des enfants et des descendants qu'a laissés le défunt, sans distinguer entre ceux qui sont héritiers et ceux qui ne le sont pas : d'où la conclusion que, pour avoir droit à la réserve, il suffit d'être enfant du de cujus. Cette objection ne m'embarrasse point, et je réponds : En matière de succession, les mots *laisser des enfants* sont dans la langue juridique synonymes de ceux-ci : *laisser des enfants qui succèdent, qui sont héritiers*. Ainsi lorsque dans l'article 757 la loi suppose que le decujus

<sup>1</sup> Chabot, *op. cit.* t. III, art. 845, n° 9 p. 303.

a laissé des enfants légitimes elle entend évidemment qu'il a laissé des enfants capables de succéder, qui sont ses héritiers ; tout le monde est d'accord sur ce point. Il en est de même dans les articles 748, 749, 750, 758, 914. L'article 922 lève d'ailleurs toute espèce de doute, en calculant « eu égard à la qualité des héritiers que laisse le défunt, la quotité des biens dont il a pu disposer. » Comme le fait très bien remarquer M. Laurent : « il fallait bien que les articles 913 et 915 parlassent des *enfants et des ascendants* puisqu'il s'agissait de déterminer qui est réservataire et de fixer la quotité disponible quand il y a des réservataires. Dès que le disponible est fixé, la loi ne parle plus d'enfants ni d'ascendants, elle se sert invariablement du terme d'héritiers<sup>1</sup>. »

Mais on a fait encore cette objection : L'héritier est le représentant du défunt : il doit respecter en cette qualité tous les actes consentis par ce dernier ; or, le défunt qui a fait des libéralités entre vifs n'aurait pas eu le pouvoir de les attaquer, donc l'enfant ne devrait pas avoir un pouvoir plus étendu. C'est donc la preuve que l'action en réduction ne suppose pas la qualité d'héritier. Je réponds : la règle en vertu de laquelle l'héritier pur et simple est tenu de respecter tous les actes qui émanent du défunt n'est vraie que relativement aux actes que le decujus avait le droit de faire au préjudice de ses héritiers. Celui-ci ne peut valablement s'engager par des dispositions à titre gratuit excédant la quotité disponible ; aussi quand le disponible est dépassé, la loi, par des motifs d'intérêt général, accorde aux héritiers lésés un droit, qui leur est propre, le droit d'obtenir la rescision de ce qui a été fait à leur préjudice. Ils

<sup>1</sup> Laurent. *Principes de droit civil français*, 1878, t. XII, p. 23, n° 13.

tiennent ce droit non du défunt, mais de la volonté du législateur, ils l'exercent *non ex persona defuncti sed ex propria persona, ex persona sua*.

86. — Du principe qu'il faut être héritier pour avoir droit à la réserve, il résulte qu'elle n'appartient ni à un descendant exclu de la succession par un descendant plus proche, ni à un ascendant exclu, soit par des descendants, soit par des frères ou sœurs, ou descendants d'eux, soit par un ascendant plus proche, ni à ceux qui pour cause d'incapacité ne succèdent pas, ni à ceux qui, après avoir succédé sont, comme indignes écartés de l'hérédité. Pour la même raison, elle ne doit pas appartenir à un renonçant, car l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier.

87. — Le système que je viens de développer, est, ainsi que je l'ai déjà dit, généralement admis. Cependant un auteur considérable, M. Troplong, fait une distinction. Après avoir enseigné que la portion disponible, la portion donnée par le défunt, ne doit être considérée que comme une défalcation de l'hérédité, que la réserve légale forme seule la succession, que ceux qui la reçoivent de la loi sont seuls héritiers du défunt et soumis à toutes les conséquences qui résultent de cette qualité, qu'ils sont saisis ipso jure en vertu de la règle *le mort saisit le vif* et qu'on peut par conséquent appliquer sous le code la maxime de Dumoulin. *Non habet legitimam nisi qui hæres est*<sup>1</sup>, M. Troplong, se posant, plus loin, cette question : Pour intenter l'action en réduction faut-il être nécessairement héritier ? répond que cette condition n'est pas nécessaire, lorsqu'il n'y a rien

<sup>1</sup> Troplong. *Des Donations entre vifs et des Testaments* (1872), t. II, n° 767, p. 456.

dans la succession et que la réserve est à recouvrer par une action en réduction contre les donataires entre vifs<sup>1</sup>. Ainsi le savant auteur distingue entre le cas où le réservataire réclame sa réserve sur des biens existants, soit par voie de demande en partage contre d'autres successibles, soit par voie de réduction contre des légataires, et le cas où il la réclame, à défaut de tous biens existants dans la succession, par voie d'action en réduction dirigée contre des donataires. Dans le premier cas, il décide, comme nous, que le réservataire doit se porter héritier ; dans le second, il soutient que, sans se porter héritier et en agissant seulement comme descendant ou ascendant, il peut exercer l'action en réduction contre des donations.

88. — Ce système doit être rejeté. L'argumentation de Troplong repose tout entière sur les discussions qui ont eu lieu entre les conseillers d'Etat et les membres du Tribunat sur l'art. 921 du Code. « En présence de ces éléments, dit-il, quiconque voudra donner aux motifs de la loi, l'autorité qui leur appartient reconnaîtra que le législateur a considéré ici l'enfant et non pas l'héritier, et que la qualité d'héritier n'est pas nécessaire pour intenter l'action en réduction. » Il est inutile de revenir sur cette discussion : loin d'établir que la réserve est accordée à l'enfant *jure proprio*, les observations des rédacteurs sont, au contraire, favorables au système opposé à celui de M. Troplong et moi-même je m'y suis appuyé pour démontrer, que sous l'empire du Code civil, le titre d'héritier est indispensable pour pouvoir réclamer la réserve.

M. Troplong ajoute à l'appui, de sa solution, des con-

<sup>1</sup> *Ibidem*, n° 915, p. 298.



sidérations tirées de la nature même du droit des réservataires sur les biens de leur auteur. « Qu'est-ce que la réserve, se demande-t-il ? Le mot le dit : c'est une portion du patrimoine paternel, dont le père n'a pas l'entière disposition, qui est grevée d'un droit au profit des enfants, qui est à certains égards, attribuée à ces derniers par le seul fait de leur existence. Ils ne tiennent pas uniquement leur droit du défunt : ils le tiennent aussi de leur qualité, de la nature et de la loi interprète de la nature. » Suivant moi, l'institution d'une réserve ne doit avoir, ni pour but, ni pour effet de conférer aux réservataires un droit nouveau, mais seulement de rendre inviolable celui qu'ils tiennent de la loi de succession et indisponible, à leur préjudice, une partie du patrimoine de leur auteur, que malgré ses libéralités excessives, ils recueilleront tout entière comme s'il n'en avait pas disposé, c'est-à-dire, à titre héréditaire.

M. Troplong s'efforce ensuite de trouver des différences entre la réserve et la succession *ab intestat*. « La succession *ab intestat* découle, dit-il, d'une présomption d'affection du père envers ses enfants, la légitime découle d'une défiance de la loi contre son pouvoir arbitraire. Dans le premier cas, le législateur fait ce qu'il est presumable que le père aurait fait, s'il eût exprimé sa volonté. Dans le second, elle défait suivant les circonstances, elle modifie ou limite l'œuvre de sa volonté exprimée. Dans le premier cas, l'enfant représente et continue celui qui est censé l'avoir appelé ; dans le second, loin de le représenter et de le continuer toujours, il peut être conduit à le contrarier et le combattre. Dans le premier cas, ce qui domine, c'est le droit de propriété du père, consacré pendant sa vie au bien-être de ses en-

fants, exercé à leur profit et religieusement transmis après sa mort, à ces élus présumés de son affection; dans le second cas, ce qui frappe l'esprit c'est le droit de copropriété des enfants, se défendant, s'il y a lieu, contre les atteintes du père et opposant à son omnipotence le contre-poids de leur réserve. Dans le premier cas, le père a rempli son devoir envers ses enfants, il est quitte, et ceux-ci doivent à sa mémoire des actions de grâce. Dans le second, le père, qui n'a pas respecté la légitime, est mort débiteur des siens; il les laisse ses créanciers. Et M. Bigot-Préameneu disait très bien : l'enfant est créancier lui-même. » — On est en général, sans doute, libre de disposer de sa fortune comme on l'entend, et à ce point de vue, les droits des héritiers légitimes sont subordonnés à la volonté du disposant : la loi a désigné certaines personnes pour lui succéder, mais il a la faculté de les écarter; quand il ne l'a point fait, il est assurément permis de considérer son silence comme une adhésion au vœu du législateur, et les successeurs légitimes comme ceux qu'il eût vraisemblablement choisis. Mais si la loi lui impose certains héritiers si elle lui enlève le pouvoir de les écarter complètement par ses dispositions, de la succession légitime, l'hérédité *ab intestat* qui alors existe nécessairement, n'en conserve pas moins le même caractère que si elle avait été laissée volontairement; les personnes qui recueillent soit l'une, soit l'autre, la recueillent à titre d'héritiers : il faut bien l'admettre, puisque la loi n'accorde aux successibles, en faveur de qui elle établit l'indisponibilité, d'autre droit que leur droit héréditaire. Il est vrai, l'action en réduction n'appartenant pas au défunt, elle naît dans la personne des héritiers, qui sous ce rapport,

n'agissent pas comme représentants du défunt. Mais par l'effet de cette action, les biens réduits rentreront dans la succession, comme si le défunt en avait toujours eu la propriété, et alors les héritiers réservataires recueilleront cette propriété comme représentants du défunt. L'action en réduction manifeste donc le caractère héréditaire de la réserve.

En outre le système de Troplong est illogique : en effet, puisque la réserve est, d'après l'éminent jurisconsulte lui-même, une portion de l'hérédité, comment supposer, dès lors, cette réduction, qui a pour objet cette portion de l'hérédité, exercée par d'autres que des héritiers? « L'action en réduction, dit fort bien M. Demolombe<sup>1</sup> n'est que le moyen d'obtenir la réserve, elle n'est qu'un instrument, qu'une arme, afin d'en conquérir le bénéfice. Elle ne peut donc appartenir qu'à celui qui a droit à la réserve ; car elle n'est pas distincte de la réserve ; elle n'est que la réserve elle-même militant contre les donations excessives? Et on ne concevrait pas que la réserve fût *dedans* ; tandis que l'action en réduction serait *dehors*. »

Enfin la doctrine de Troplong ne présente guère d'intérêt pratique : et en effet, suivant lui, l'enfant pour exercer l'action en réduction n'a pas besoin de prendre qualité, il ne doit pas non plus renoncer, il lui suffit de s'abstenir<sup>2</sup>. — Mais en définitive il faudra bien qu'il en vienne prendre parti, lorsque les créanciers héréditaires le poursuivront, et ils ne manqueront pas de le faire dès qu'ils verront exercer l'action en réduction. Une fois poursuivi, le réservataire sera bien forcé de

<sup>1</sup> Demolombe. *Traité des donations*, t. II, n° 43.

<sup>2</sup> Troplong, *op. cit.* n° 928, p. 313.

prendre qualité et le bénéfice d'inventaire sera évidemment pour lui le seul moyen de conserver intact les avantages résultant de l'exercice de cette action, car s'il accepte purement et simplement, il serait obligé en son nom personnel vis-à-vis des créanciers, et s'il renonçait, il serait exposé à une action en restitution de la part des donataires.

De tout ce qui précède, je conclus que la réserve lé-gale est une partie de la succession *ab intestat*; que les qualités d'héritiers et de réservataires sont inséparables l'une de l'autre, et que, par conséquent, il faut se porter héritier pour réclamer la réserve, soit par voie de demande en partage contre les autres héritiers réservataires, soit par voie d'action en réduction contre les légataires ou contre les donataires. Ainsi que l'a dit fort heureusement M. Gab. Demante : « depuis la rédaction de l'art. 921 du Code Napoléon, la réclamation de la réserve par voie d'action de la part du renonçant, est tout simplement un non sens<sup>1</sup>. »

<sup>1</sup> *Revue critique de jurisprudence en matière civil*, t. II, (1852), p. 158 : Voyez en ce sens : Demante. *Cours analytique de droit civil*, t. IV, n° 42, bis. I. — Demolombe. *Traité des donations*, t. II, n° 41 et suiv. p. 39. — Aubry et Rau. *Cours de droit civil français*, t. VII, (1875), § 679, pag. 163, et note 1. — Marcadé. *Éléments de droit civil français*, (5. édit), t. III, art. 913 et 914, n° 4. — Boissonade. *Histoire de la réserve héréditaire*, p. 673. — Vernet. *Tr. de la quotité disponible*, p. 337 et suiv. — Beautemps-Beaupré. *De la portion de biens disponible et de la réduction*, (1856), t. II, n° 594 et suiv. — Laurent *Principes de droit civil français*, t. XII, n° 43 et suiv. — M. Duverger à son cours. Voyez aussi arrêts de la cour de Cassation : 6 mars 1856, (affaire Vaufredaz); et 23 juillet 1856, (affaire Cazale).

## CHAPITRE DEUXIÈME

LE RÉSERVATAIRE DONATAIRE OU LÉGATAIRE PEUT-IL, EN RENONÇANT A LA SUCCESSION POUR S'EN TENIR A SON DON OU LEGS, CUMULER LA QUOTITÉ DISPONIBLE ET SA PART DANS LA RÉSERVE ?

SOMMAIRE : 89. Hypothèse dans laquelle s'élève la question. — 90. Points sur lesquels doit porter la discussion. — 91. Etablissement du système du *non cumul*, qui refuse au renonçant le droit de retenir une part dans la réserve. — 92. Inconvénient pratique de ce système. — 93. *Système du cumul* d'après Troplong et M. Ragon. — Réfutation : conséquences déplorables de ce système. — 94. *Système de l'imputation*. — 95. Réfutation. — 96. *Système de Marcadé*. — 97. Réfutation. — 98. *Système de M. Rodière*. — 99. Réfutation. — 100. Moyens pour le père de famille d'éviter l'inconvénient que présente le système du *non cumul*.

89. — La question que je me propose d'étudier dans ce chapitre, est celle de savoir si l'héritier, qui renonce pour s'en tenir à une donation ou à un legs fait sans dispense de rapport et dont le montant excède le disponible, peut cumuler la quotité disponible et la part qu'il aurait eu dans la réserve, s'il avait accepté. Ou bien, sous une autre forme : Peut-on, sans se porter héritier retenir la réserve *par voie d'exception* ? Quoique la question s'applique aussi bien au cas où le réservataire gra-



tifié est un ascendant qu'à celui où c'est un descendant, je me placerai toujours dans cette dernière hypothèse, la plus fréquente et la plus importante.

La question dont je vais m'occuper est toute moderne : je rappelle, en effet, que dans l'ancienne législation de la France, tout le monde convenait que l'héritier qui avait abdiqué cette qualité ne pouvait ni réclamer par voie d'action, ni retenir, par voie d'exception, la réserve coutumière et quant à la légitime de droit, si, contrairement à l'opinion générale, quelques auteurs n'exigeaient pas le titre d'héritier pour que l'enfant pût demander sa part, tous cependant admettaient que le descendant donataire avait le droit, s'il renonçait à la succession, de retenir ce don jusqu'à concurrence tout à la fois de sa légitime et de la portion disponible. Que faut-il décider aujourd'hui ? C'est là un point des plus difficiles et des plus controversés que l'interprétation du Code civil ait soulevé et sur lequel la cour de cassation a changé trois fois d'opinion.

90. — Le débat pour être complet, doit porter sur deux points, c'est-à-dire que deux questions distinctes sont à résoudre : je les poserai en fait pour les mieux faire comprendre. 1<sup>o</sup> *Question*. Un père a fait à l'un de ses enfants une donation sans clause de préciput, il décède et l'enfant donataire renonce à la succession. Cet enfant pourra-t-il retenir les biens à lui donnés jusqu'à concurrence de sa part de réserve et de la portion disponible cumulées ; en sorte que les autres enfants ne pourront réclamer que leur part virile dans la réserve ; ou bien n'aura-t-il le droit de les retenir que dans la limite seulement de la quotité disponible, ainsi qu'un étranger pourrait le faire ? — 2<sup>o</sup> *Question*. Après la donation sans

clause de préciput, ainsi constituée au profit de l'un de ses enfants, le père fait des donations, soit à des étrangers, soit à d'autres enfants, mais par préciput ; puis il décède, et l'enfant, qui a été gratifié sans dispense de rapport, renonce à la succession ? Quel sera le sort des donations postérieures ? Pour le savoir, il faut rechercher si le don fait sans dispense de rapport s'imputera sur la portion disponible ou sur la réserve, et de quelle manière se fera cette imputation. Chacune de ces questions peut se caractériser d'un mot : l'une est la question *du cumul* ; l'autre est la question de *l'imputation*. Deux intérêts légitimes, respectables, sont à considérer dans cette discussion : il y a l'intérêt des enfants qui acceptent la succession, il y a le droit du père de famille. Les intérêts sont quelquefois séparés, d'autres fois en lutte.

Il y a sur ces deux questions plusieurs systèmes :

**91.** — A. *Le système du non cumul*. Ce premier système enseigne que l'enfant donataire ou légataire, sans dispense de rapport, qui renonce, ne peut retenir ou réclamer que la quotité disponible : les biens qu'il conserve à titre de don ou de legs, s'imputent entièrement sur la portion disponible.

Peut-on, sous l'empire du Code civil concevoir nettement qu'un successible, après avoir renoncé à la succession, ait le droit de garder une part de la réserve ? L'article 913 divise le patrimoine du père de famille en deux portions : l'une disponible, dont celui-ci peut disposer par des libéralités, par actes entre vifs ou testamentaires, faites soit à des étrangers, soit au profit de l'un de ses enfants ; l'autre indisponible, qui forme nécessairement la succession *ab intestat* et ne peut être

répartie entre les enfants qu'en leur qualité d'héritiers et suivant les règles de la succession *ab intestat*. Or, aux termes de l'art. 785 l'enfant qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier ; il n'est plus qu'un étranger ; dès lors comment pourrait-il garder une part de la portion indisponible, c'est-à-dire une part de la succession *ab intestat* ? L'enfant renonçant, devenu par sa renonciation étranger à l'hérédité ne peut donc conserver sa donation qu'en qualité de donataire, et à ce titre, il ne peut retenir que la portion disponible, la seule qui puisse être distraite de la succession *ab intestat*.

L'art. 845 est concluant en ce sens : il est le principal élément de la discussion : voici en quels termes il est conçu : *L'héritier qui renonce à la succession, peut cependant retenir le don entre vifs ou réclamer le legs à lui fait, jusqu'à concurrence de la portion disponible.* Pour le bien comprendre, il faut le joindre aux deux articles qui le précèdent 843 et 844. Les deux articles 843 et 844 règlent les devoirs des donataires qui viennent à la succession : le donataire sans dispense de rapport, venant à la succession doit rapporter son don à ses cohéritiers : *il ne peut le retenir* (art. 843). Le donataire par préciput qui accepte la succession peut retenir le don à lui fait, mais dans ce cas même il ne peut le garder que jusqu'à concurrence de la quotité disponible : l'excédant est sujet à rapport (art. 843). Car il ne peut prendre le préciput que dans la mesure légale et ce qui lui a été donné au-delà de cette mesure appartient à la succession qu'il vient partager. L'article 845 règle les droits de l'enfant renonçant. L'enchaînement de ces trois articles détermine bien le sens respectif et le sens absolu. Quand l'enfant viendra à la succession, il y rapportera

tout ce qu'il aura reçu, excepté le préciput, qu'il retiendra hors part jusqu'à concurrence de la quotité disponible. Quand il y renoncera, sa renonciation lui laissera cependant la faculté de retenir le don jusqu'à concurrence de la portion disponible : elle lui fait perdre la qualité d'héritier et les droits qui y sont attachés, comme la réserve, mais elle ne lui enlève pas les droits qui dérivent de la donation ou du legs : il conserve donc ce qui lui a été donné, mais seulement jusqu'à concurrence de la quotité disponible : il ne peut exercer son droit de donataire ou de légataire que sur le disponible : la réserve appartient aux autres héritiers. — Le mot *cependant* de l'art. 845 confirme cette interprétation. Comme le fait remarquer Coin-Delisle, « il n'est pas placé au commencement de l'article, et par conséquent ne forme pas liaison avec les articles 843 et 844. Il tombe sur les mots même : *il peut retenir* et fait opposition aux mots *qui renonce à la succession*. On n'a pas oublié qu'au temps de la rédaction du Code civil, on n'était plus sous l'empire du droit écrit, ni des coutumes en fait de succession ou de rapport. La loi régnante était la loi du 17 Nivôse an II, modifiée par la loi provisoire du 4 Germinal an VIII ; or, la législation de Nivôse avait placé la réserve dans la succession d'une manière si absolue, que l'héritier renonçant ne pouvait rien garder et était tenu de rapporter. Le mot *cependant* a pour objet d'indiquer l'abrogation de cette règle. Malgré sa renonciation à la succession l'héritier renonçant pourra retenir le don jusqu'à concurrence de la portion disponible. Tel est le sens évident de la loi <sup>1</sup>. »

<sup>1</sup> Coin Delisle. *Limite du droit de rétent. de l'enfant renonçant*, p. 272, n° 205

Mais ce n'est pas tout : en rapprochant l'art 845 de l'article 307 de la coutume de Paris qui consacrait virtuellement la doctrine du cumul en déclarant qu'il suffisait que les héritiers fussent remplis de leur légitime pour qu'ils n'eussent plus aucune réclamation à faire contre le renonçant, il est impossible de soutenir que les rédacteurs de l'art. 845, qui devaient remplacer l'art. 307 de la cout. de Paris, aient passé devant cette grosse question du cumul, sans chercher à la trancher dans un sens ou dans l'autre. Je soutiens qu'ils l'ont tranchée et que l'art. 845 qui n'autorise le renonçant à retenir son don jusqu'à concurrence de la quotité disponible, prohibe le cumul. N'est-il pas évident, en effet, que si le législateur avait voulu consacrer le cumul, il aurait dû nécessairement ajouter à ces mots de l'article 845 : « *jusqu'à concurrence de la quotité disponible* » les mots suivants « *et de sa part dans la réserve ?* » C'était là l'opinion du conseiller Porriquet, rapporteur, dans l'arrêt Laroque de Mons, c'est encore l'opinion de M. Aubry qui conclut de l'absence de ces mots « *et de sa part dans la réserve* » dans l'article 845 que le législateur a entendu repousser le cumul. « L'absence d'autorisation, dit M. Aubry, équivaut en réalité à une prohibition formelle, puisque l'article précité, ayant pour objet de déterminer ce que le donataire renonçant est autorisé à retenir par dérogation à la loi de son contrat, doit nécessairement avoir pour effet d'exclure de la retenu, tout ce qu'il n'y comprend pas<sup>1</sup>. »

<sup>1</sup> Aubry. *Avancement d'hoirie. — Renonciation à succession. Effets de la renonciation — quant au donataire renonçant — quant aux héritiers à réserve acceptants — quant aux donataires ou légataires postérieurs.* Dans la *Revue Pratique*, t. III, (1857), p. 497.



Si nous remontons à l'historique de l'article 845 nous allons trouver un nouvel argument en faveur du système du non cumul. Le premier projet de Code civil de Cambacères ne permettait pas au père de faire une donation ou un legs à l'un de ses successibles : « il n'est pas permis, dit l'art. 24, de donner soit entre vifs, soit à cause de mort à aucun de ses héritiers. La loi veut qu'ils soient tous également appportionnés dans la même hérédité<sup>1</sup> et l'article 94 soumettait au rapport l'héritier même renonçant « l'héritier présomptif ne peut se dispenser du rapport en renonçant à la succession, pour se tenir au don qui lui a été fait au préjudice de ses cohéritiers. » Dans son rapport fait à la Convention Nationale, au nom du Comité de législation Cambacères s'exprimait ainsi, sur ce point : « Tous les enfants sont appelés à partager également le patrimoine de leur famille : tel est l'ordre de la nature : tel est le vœu de la raison. Mais cette règle sera-t-elle si absolue que les chefs de famille n'aient jamais eu la faculté de disposer d'une partie de leur héritage ? Le comité ne le pense point ainsi : il a cru qu'une telle obligation blesserait trop une habitude, sans aucun avantage pour la société, sans aucun profit pour la morale. Mais il a estimé que la réserve devait être modique et qu'elle ne devait jamais être l'occasion d'une injuste préférence pour aucun des enfants<sup>2</sup>. — Les articles 97 et 131 du second projet de Code civil, ainsi que les articles 642 et 643 du troisième, reproduisaient, dans des termes différents, la même disposition.

Dans le projet de Code civil présenté par Jacqueminot, au

<sup>1</sup> Art. 24, du liv. II, tit. III. Fenet, p. 51.

<sup>2</sup> Fenet, tome I, p. 8.

nom de la section de législation, à la commission législative du conseil des Cinq Cents, la prohibition d'avantager un des successibles disparut. L'art. 18 porte en effet : « la donation de la quotité disponible peut être faite en tout ou en partie même en faveur des enfants et autres successibles<sup>1</sup>. » « En permettant au vieillard, disait Jacqueminot, de disposer libéralement d'une partie de sa fortune en faveur de ceux qui lui prodiguent les soulagements et les consolations, on ne le forcera plus à entendre, pour ainsi dire, à sa porte, les vœux de ses avides héritiers, craignant de lui donner des soins qui lui prolongeraient son existence et appelant l'instant où il cessera de vivre pour hâter celui où ils se distribueront ses dépouilles<sup>2</sup>. Et l'art. 19 décidait que la donation ne serait pas rapportable pourvu qu'elle ait été faite expressément à titre de préciput et hors part. Mais un article de ce projet, important pour nous, est l'article 154 qui portait : *L'héritier présomptif qui renonce à la succession peut retenir le don entre vifs ou réclamer le legs à lui fait* ainsi qu'un étranger pourrait le faire, *jusqu'à concurrence de la portion disponible.* » Le projet assimilait donc, en termes exprès, l'enfant donataire renonçant à un étranger ; or, comme celui-ci ne pouvait garder son don que dans la limite de la quotité disponible, et devait l'imputer sur cette partie de la succession, le droit de l'enfant donataire qui renonçait se trouvait avoir exactement la même étendue, ni plus ni moins. — Ces trois articles ont été copiés textuellement dans le projet de la commission du Gouvernement, avec cette seule différence que l'art. 154 portait le numéro 160

<sup>1</sup> Titre. *Des dont. entre vifs et à cause de mort.* Sect. II.

<sup>2</sup> Fenet, tome I, p. 331 et 332.

du titre des successions. Les articles 18 et 19 du titre des donations sont devenus l'art. 919 du Code civil. L'art. 160 (art. 154 du projet Jacqueminot) du titre des successions, devenu l'art. 133 du projet soumis à la discussion du conseil d'Etat, a été adopté sans observations dans la séance du 23 Nivôse an XI ; c'est l'art. 845 du Code civil ; mais les mots *ainsi qu'un étranger pourrait le faire* en ont été supprimés sans que les procès-verbaux aient gardé de traces des motifs de cette suppression. Mais il me semble qu'en comparant les projets entre eux, on peut découvrir qu'elle en fût la raison. Dans le projet Jacqueminot, l'art. 88 du titre des successions portait que « l'héritier qui renonce *purement et simplement* est censé n'avoir jamais été héritier <sup>1</sup>. » En s'attachant strictement aux termes de cette disposition, on aurait pu, par un argument *à contrario*, soutenir que celui qui renonçait à la succession pour s'en tenir à une donation ou à un legs, devait être considéré, comme héritier, à certains points de vue. Aussi, n'est-il pas douteux pour moi, que ce fut pour éviter une pareille interprétation, pour écarter toute incertitude à cet égard que l'art. 154 comparait l'héritier donataire renonçant à un étranger. — Le projet du Gouvernement, art. 90 du titre des successions, supprima les mots *purement et simplement* de l'article 88. Mais l'article 160 resta rédigé comme dans le projet Jacqueminot<sup>2</sup>. Lorsque la commission présenta son travail définitif au Conseil d'Etat, l'art. 90 n'y subit absolument aucun changement, si ce n'est qu'il y figurait sous le numéro 73 ; or, comme la disposition générale de cet article ne permettait plus de faire aucune dis-

<sup>1</sup> Fenet, tome I, p. 414.

<sup>2</sup> Fenet, t. II, p. 156.

inction entre les diverses causes de renonciation, on retrancha de l'article 160 les mots : *ainsi qu'un étranger pourrait le faire*, parce qu'ils étaient devenus inutiles ; et en effet du moment où l'on décidait que celui qui renonçait à une succession était censé n'avoir jamais été héritier, il ne pouvait plus être traité, quant à cette succession que comme un étranger : il n'y avait plus besoin d'aucune comparaison à cet égard « le style de comparaison et d'excuse ne convenant pas à la majesté des lois. *Nil frigidius quam lex cum prologo*<sup>1</sup>. » Aussi l'art. 160 portait-il que « l'héritier qui renonce à la succession peut cependant retenir le don entre vifs ou réclamer le legs à lui fait jusqu'à concurrence de la portion disponible. » Or, l'art. 845 du Code civil n'est que l'article 160 ; donc l'article 845 s'oppose à ce que le réservataire gratifié qui renonce retienne, en outre de la quotité disponible, une part dans la réserve.

Ce qui prouve encore d'une façon péremptoire que le législateur a voulu consacrer le système du *non cumul*, c'est l'examen comparatif des textes de la coutume de Paris et ceux du Code civil sur notre matière.

## COUTUME DE PARIS

*Art. 258.* — La légitime est la moitié de telle part et portion que chacun enfant eust eue en la succession des dits père et mère aïeul ou aïeule ou autres ascendants, si lesdits père et mère ou autres ascen-

## CODE CIVIL

*Art. 913.* — Les libéralités, soit par acte entre vifs, soit par testament ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant légitime, le tiers, s'il laisse deux enfants ; le

<sup>1</sup> Coin-Delisle. *Limite*, p. 94.

dants n'eussent disposé par quart, s'il laisse trois ou un donation entre vifs ou dernière volonté. Sur le tout déduit les dettes et frais funéraires.

*Art. 292.* — Toutes personnes saines d'entendement, âgées et usant de leurs droits peuvent disposer par testament et ordonnance de dernière volonté, au profit de personne capable, de tous leurs biens meubles, acquêt et conquest immeubles, et de la cinquième parties de tous leurs propres héritages, et non plus avant : encore que ce fust pour cause pitoyable.

*Art. 307.* — Néanmoins, où celui auquel on auroit donné se voudroit tenir à son don, faire le peut, en s'abstenant de l'hérédité, la légitime réservée aux autres enfants.

*Art. 845.* — L'héritier qui renonce à la succession peut cependant retenir le don entre vifs ou réclamer le legs à lui fait jusqu'à concurrence de la quotité disponible.

Si je compare d'abord les articles 298 et 292 de la coutume de Paris avec l'article 913 du Code civil, je remarque que tandis que ce dernier diffère profondément de l'article 298 Cout. de Paris, il présente, au



contraire, la plus grande analogie avec l'art. 292 ; et en effet : l'art. 298 fixe pour chaque enfant la légitime elle-même directement et principalement ; l'article 292 cout. de Paris, comme l'art. 913 Code civil, organisent la réserve non plus par voie directe mais seulement par la limitation du droit pour le défunt de disposer de ses biens. Dans le droit coutumier la réserve n'était rien autre chose que la portion de biens que le défunt ne pouvait pas transmettre par donation testamentaire et qu'il était tenu de laisser dans sa succession *ab intestat*. Ceci n'est point douteux. De là on déduisait fort logiquement, que ceux-là seuls avaient droit à la réserve qui venaient à cette succession, en se portant héritiers, et que les réservataires renonçants ne pouvaient rien retenir sur les quatre quintes indisponibles des propres. Or il est impossible d'admettre que les rédacteurs du Code civil, en fixant la réserve légale de la même manière qu'était fixée la réserve coutumière n'aient pas voulu accepter les conséquences juridiques d'une telle disposition, conséquences qui étaient parfaitement connues dans l'ancienne jurisprudence. Il faut donc appliquer à la réserve du Code civil, ce que Pothier disait de la réserve coutumière : « La réserve coutumière est due aux héritiers uniquement en leur qualité d'héritiers, c'est pourquoi, entre plusieurs qui sont appelés à une succession, ceux qui renoncent, pour s'en tenir à leur legs, ne peuvent avoir aucune part dans les quatre quintes des propres que la coutume réserve aux héritiers<sup>1</sup>. » Si je compare maintenant l'art. 307 de la coutume de Paris qui autorisait l'héritier donataire renonçant à retenir outre la quo-

<sup>1</sup> Pothier. *Coutume d'Orléans. Introd. titre XVI, n° 53.*

tité disponible, sa part dans la légitime, à l'article 845 Code civil, je trouve une différence de langage sensible. Eh bien ! quand les textes sont différents dans l'ancienne et dans la nouvelle législation, quand en reproduisant un texte ancien, le nouveau législateur prend soin d'en retrancher ce qui rappellerait spécialement un ordre d'idées non exprimées dans son Code, quand il efface la fameuse incise, *la légitime réservée aux autres enfans*, comment admettre qu'il l'a sous entendue et n'a point voulu rompre avec le passé ?

Le système du non cumul est conforme en outre aux idées mêmes des rédacteurs du Code civil. Quoique nourris dans le principe de l'ancien droit romain et coutumier, il n'en est pas moins vrai qu'ils étaient fort détachés de son esprit et animés, imbus des principes égalitaires de 1789 : j'en trouve la preuve dans la loi de Nivôse an II, dans celle de Germinal an VIII, dans le rapport de Duveyrier fait au tribunal, dans les différents projets de Code civil de Cambacères. — Dans la discussion qui eut lieu au Conseil d'Etat sur la fixation du montant de la quotité disponible et sur son attribution, nous les voyons préoccupés de l'idée de maintenir l'égalité entre les enfans à tel point que Tronchet commit une grave erreur en disant que dans le système des coutumes, l'enfant donataire qui renonçait pour conserver son don ne pouvait cumuler sa légitime avec le don. Or, cette égalité que devient-elle si l'enfant donataire qui renonce, conserve cependant la faculté de retenir sur les biens qui lui ont été donnés, non seulement la quotité disponible, mais encore la part qu'il aurait eue comme héritier dans la réserve ? Elle serait évidemment rompue. Le législateur n'aurait donc pas

pu autoriser le cumul sans aller directement contre ce but qu'il s'était principalement proposé, le maintien de l'égalité entre les enfants...

Tels sont les arguments qui militent en faveur de ce système.

En renonçant à la succession du donateur, le réservataire donataire y est devenu complètement étranger. La retenue qu'il est autorisé à faire doit donc comme toute donation qui aurait eu lieu au profit d'un étranger, s'imputer uniquement sur la quotité disponible.

Avant d'aborder l'examen d'un autre système que l'on a proposé sur la question dont je m'occupe dans ce chapitre, je ferai l'application de la théorie du non cumul à une espèce. Je suppose qu'une personne ayant quatre enfants, laisse une succession dont le montant s'élève à 80,000 francs. Il a donné entre vifs à l'un de ses enfants 40,000 fr et a institué un légataire pour 10,000. L'enfant donataire renonce à la succession. Quels vont être les résultats auxquels conduit le système du non cumul ? La masse des biens formée selon les prescriptions de l'art. 952 est de 120,000, sur lesquels la quotité disponible est du quint, c'est-à-dire 30,000. L'enfant donataire poursuivi en réduction par ses frères et sœurs acceptants ne pourra conserver, sur les 40,000 fr. qu'il a reçus que la quotité disponible, soit 30,000 fr ; l'excédant 10,000 fr. devra être remis à la masse ; le legs fait à l'étranger sera caduc, puisque le don fait à l'enfant s'impute sur la quotité disponible et l'épuise.

**92.** — Le système du non cumul, il faut bien le reconnaître, aboutit, dans certains cas, à un résultat regrettable. En effet, lorsque le père de famille aura donné

à un de ses enfants une valeur égale au montant de la quotité disponible, et que plus tard cet enfant aura renoncé à la succession, la quotité disponible se trouvera tout entière absorbée par cette libéralité, et de la sorte, toutes les *donations postérieures*, si modérées et si dignes de respect qu'elles soient, deviendront caduques, puisqu'elles seront nécessairement prises sur la réserve. Ce résultat blesse le principe de l'irrévocabilité des donations et celui de la libre disposition par le père de la quotité disponible; il est à craindre que sa volonté ne soit outrageusement violée, que l'enfant donataire ne renonce, par suite d'un concert frauduleux avec ses frères, dans le seul but d'augmenter la succession, en mettant à néant les donations postérieures. — Nous verrons plus loin si l'inconvénient signalé est aussi grand qu'on pourrait le croire d'abord et s'il existe certains moyens pour l'éviter<sup>1</sup>.

93. — II. *Système du cumul*. Dans un second système on soutient que le réservataire renonçant peut retenir son don ou réclamer son legs jusqu'à concurrence de la quotité disponible et de sa part dans la réserve cumulée. Cette théorie est enseignée notamment par MM. Tou-

<sup>1</sup> Demolombe, *op. cit.* t. II, n° 49 et suiv. pg. 56. — Vernet, *op. cit.* p. 391. — Valette dans *Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation*, recueillis et publiés par MM. Hérold et Lyon-Caen. Paris 1880, p. 270 et suiv. — Beautemps-Beaupré, *op. cit.* t. I, n° 165, p. 153. — Machelard. *De la retention de la réserve pour l'héritier renonçant dans Dissertations de droit romain et de droit français*, (éd. Labbé), p. 670. — Coin Delisle. *Limite du droit de rétention*. — Boissonade, *op. cit.* p. 678. — Laurent, *op. cit.* n° 39, p. 58 et suiv. — Ajoutez les autorités citées par M. Demolombe. — M. Duverger à son cours.

lier<sup>1</sup>, Troplong<sup>2</sup>, Labbé<sup>3</sup>, Gabriel Demante<sup>4</sup>, Dufour<sup>5</sup>, Bressoles<sup>6</sup>, Ragon<sup>7</sup>.

Voici quels sont les arguments que ces savants auteurs invoquent à l'appui de leur doctrine. Je les réfute-  
rai au fur et à mesure que je les exposerai.

On invoque d'abord l'ancien droit (la Nouvelle 18, les articles 298 et 307 de la coutume de Paris, l'article 34 de l'ordonnance 1731) qui accordait à l'enfant renonçant la faculté de retenir outre son don, une quotité égale à sa légitime, l'opinion des anciens jurisconsultes qui convenaient tous que, s'il était nécessaire de se porter héritier pour réclamer la légitime par voie d'action, il n'était pas nécessaire d'avoir cette qualité pour la retenir par voie d'exception. « Ce que l'ancienne législation décidait sur ce point, dit Troplong, doit être suivi sous le Code Napoléon ; car d'une part, le code n'a pas de dispositions explicites relativement à la difficulté agitée, et de l'autre, il semble que, dans son silence, on doit s'en référer aux principes que l'équité et la saine raison avaient fait universellement admettre par nos

<sup>1</sup> Taulier. *Théorie raisonnée du Code civil.* t. III, p. 328 et suiv.

<sup>2</sup> Troplong. *Traité des donations et des testaments* t. II, n° 786 et suiv.

<sup>3</sup> Labbé. *De la Manière de calculer la réserve*, n° 84 et suiv.

<sup>4</sup> Gabriel Demante. *Du calcul de la quotité disponible au cas de l'art. 845, du Code Napoléon.* Paris 1863, et *Revue Critique*, t. II, p. 100.

<sup>5</sup> Dufour. *Examen critique de quelques points de législation et de jurisprudence en matière des rapports à succession.* — Dans *Revue étrangère et française de législation et d'Economie politique* t. III, (1836), p. 381, et 480 et suiv.

<sup>6</sup> Bressolles. *Réflexions sur le cumul de la quotité disponible et de la réserve, dans le cas de renonciation à la succession, par un donataire en avancement d'hoirie :* dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XVIII, 1860, p. 519, et suiv.

<sup>7</sup> Ragon. *Théorie de la rétention et de l'imputation.*



maîtres en jurisprudence. Cela surtout devient évident, si l'on se rapporte aux discussions du Conseil d'État sur l'art. 921 ; on voit que, dans l'intention des rédacteurs du Code, la réserve a été attribuée à l'enfant comme enfant et non comme héritier. » — A cette argumentation, je réponds qu'il ne faut pas confondre la réserve du Code civil avec la légitime de l'ancien droit, que le législateur moderne n'a pas consacré les principes qui régissaient la légitime. D'après les articles 913 et 915, en effet, le patrimoine de toute personne qui laisse des héritiers en ligne directe, se divise de plein droit en deux portions, dont l'une forme la quotité disponible et l'autre la réserve. Cette dernière n'est autre chose que l'hérédité elle-même, moins la quotité disponible, que la loi assure à tous les enfants *collectivement*, qu'elle leur accorde comme héritiers, dont ils sont saisis en cette qualité à l'instant du décès et à laquelle ils n'ont plus aucun droit lorsqu'ils renoncent, leur part restant en ce cas, par droit d'accroissement à leurs cohéritiers. L'autre portion du patrimoine, la loi la déclare disponible à titre gratuit dans des limites qu'elle trace et qu'on ne peut franchir : au delà de cette quotité les pouvoirs du père de famille cessent et commencent les droits de ceux que la loi investit de la qualité d'héritiers réservataires, c'est à dire qui doivent toujours obtenir une certaine partie de l'hérédité de leurs auteurs ou de leurs descendants. L'ancien droit, au contraire, en ce qui touchait la légitime, ne divisait pas le patrimoine en deux portions, l'une disponible, l'autre indisponible : la légitime n'était qu'une fraction de la part héréditaire *ab intestat* de chaque enfant et que les coutumes attribuaient individuellement à chacun des légitimaires. La quotité dis-

ponible n'était nullement limitée, et la donation, à quelque somme qu'elle montât, n'était soumise au retranchement que jusqu'à concurrence de ce qui était nécessaire pour remplir chaque enfant de sa légitime personnelle. Dans ce système le droit de rétention de l'enfant renonçant se comprend très bien : d'une part, du moment que chaque enfant trouvait dans la succession de son père, sa légitime entière, il n'avait plus aucun droit de se plaindre que la donation faite à son frère était excessive ; d'autre part, comme la libéralité que ce dernier avait reçue comprenait sa légitime aussi bien que les autres objets donnés, il est évident qu'il pouvait la retenir « sauf la légitime réservée des autres » c'est-à-dire pourvu qu'il fournît seulement à chacun des acceptants leur part individuelle dans la légitime. Ainsi donc il n'y a aucune analogie à tirer de la légitime à la loi actuelle. Quant à la discussion à laquelle Troplong fait allusion, je l'ai examinée plus haut et je n'y reviens pas : le Conseil d'État tout entier, avait toujours regardé, au contraire, comme principe évident, comme fondement nécessaire de la matière, cette idée que pour prétendre à la portion des biens que la loi mettait à l'abri des actes de disposition à titre gratuit du père, il fallait être héritier.

M. Gabriel Demante nous dit que : « les auteurs du Code civil n'ont innové que partiellement, que dans l'ensemble, ils se sont inspirés profondément des traditions vivaces de la vieille France » et produit en témoignage un excellent passage de Thiers<sup>1</sup>. — S'il en est ainsi, puisque l'article 913 Code civ. est conçu de la même façon que l'art. 292 de la coutume de Paris, n'est-il pas

<sup>1</sup> Thiers. *Histoire du Consulat et de l'Empire*, t. III, p. 342.

évident que les rédacteurs, en organisant la réserve, se sont écartés des principes qui régissaient la légitime pour se rapprocher de ceux qui régissaient la réserve coutumière, laquelle ne pouvait être retenue par voie d'exception ? Dès lors il doit en être de même aujourd'hui.

L'art. 845, disent les partisans du système *du cumul*, décide que l'enfant donataire renonçant peut retenir la libéralité jusqu'à concurrence de la *portion disponible* ; mais qu'est-ce que la quotité disponible ? Le Code ne l'a pas défini littéralement. Cependant la raison dit qu'on doit entendre par là tout ce dont une personne peut disposer sans porter atteinte à la part de ses héritiers à réserve, autres que le donataire. Aussi la quotité disponible du père envers un étranger est tout son patrimoine, moins la part réservée à ses enfants, et celle d'un père en faveur de l'un de ses enfants est tout le patrimoine moins la part compétente à chacun des autres enfants, c'est-à-dire toute la quote qui était disponible envers un étranger et de plus la part de réserve que la loi assigne à cet enfant donataire. D'où il suit qu'il y a deux sortes de quotités disponibles : l'une absolue à l'égard des étrangers, l'autre relative en faveur des héritiers à réserve. La quotité disponible dont parlent les articles 845 et 919 est une quotité relative ; elle comprend la quotité disponible ordinaire plus une part d'enfant<sup>1</sup>. — Cet argument a été émis pour la première fois par Proudhon, professeur de droit civil (à Dijon, si je ne me trompe) dans la consultation qu'il donna dans l'affaire Laroque de Mons : je lis : « Cette quotité disponible est tout le patrimoine du père, moins les résér-

<sup>1</sup> Troplong.

ves des autres enfants ; parce que dans la cause d'un enfant donataire, et en cette qualité, mis en opposition avec ses frères et sœurs, tout est disponible pour lui, excepté les légitimes des autres<sup>1</sup>. » — Cet argument est rejeté même par l'un des défenseurs le plus convaincu du cumul, par M. Ragon : « C'est un argument perdu, dit-il, qu'il convient d'abandonner<sup>2</sup>. » Prétendre qu'il y a deux quotités disponibles dans le Code civil, c'est commettre une grave erreur. Non, il n'y a pas deux quotités disponibles ; il n'en existe qu'une seule, quel que soit le donataire ou légataire, qu'il soit étranger ou successible. En effet, les articles 913 et 915 qui fixent la quotité disponible ont égard seulement à la qualité et au nombre des héritiers présomptifs ; mais ils ne s'occupent point des personnes à qui cette quotité pourra être donnée : ils ne distinguent point si les libéralités seront faites au profit de l'un des enfants ou d'un étranger : la règle dans ces deux cas est la même. Lorsque après avoir fixé le quantum de cette quotité il est parlé dans les autres articles de la quotité disponible, c'est la quotité telle qu'elle a été fixée une fois pour toute et non une autre. Ainsi lorsque l'art. 919 dit : « que la *quotité disponible* pourra être donnée en tout ou en partie aux enfants ou autres successibles » il est évident qu'il ne parle que de la quotité fixée par les articles précédents. Il déclare seulement que les successibles seront aptes à recueillir aussi bien que les étrangers. L'art. 1049 n'appelle portion disponible « que les biens qui ne sont pas réservés par la loi dans la succession. » Enfin le sens des mots *portion disponible* de l'art. 845 est nettement

<sup>1</sup> Sirey 1818, 1, 105, 1<sup>o</sup> col.

<sup>2</sup> Ragon, *op. cit.* t. I, p. 537.

déterminé par les mots qui se trouvent dans l'article précédent. L'art. 844 dispose que « dans le cas même où les dons et legs auraient été faits par préciput ou avec dispense de rapport, l'héritier venant à partage ne peut les retenir que *jusqu'à concurrence de la quotité disponible* » Or, il est évident que dans cet article, la quotité disponible ne comprend pas la part de réserve de l'enfant gratifié, car un préciputaire acceptant doit le rapport de cette part et ne peut retenir que la quotité disponible. Maintenant si la quotité disponible de l'art. 844 est celle qu'a fixée l'art. 913, la portion disponible de l'art. 845 ne peut être autre chose. Il est évident que ces deux articles expriment une idée commune, en posant les mêmes limites au donataire préciputaire qui vient à la succession et au donataire sans clause de préciput qui s'abstient : il est évident que les mêmes mots, employés à exprimer la même idée doivent être pris dans la même acceptation. Il n'y a aucune différence à établir entre quotité disponible employée dans l'article 844 et portion disponible employée dans l'article 845 : la valeur de ces termes est identique. Je sais qu'on a dit encore que l'article 845 ne s'exprime pas de la même façon que l'art. 844, qu'il ne contient pas les mots *ne peut retenir que*, que dès lors il ne défend pas à l'enfant donataire renonçant de retenir au delà de la quotité disponible. Mais on a répondu que la proposition « *jusqu'à* » marque un terme qu'on ne doit pas dépasser : cette expression est donc essentiellement limitative et l'addition d'une forme prohibitive était inutile. Cette forme, nécessaire dans l'article 845 qui défend la rétention au delà d'une certaine limite, ne l'était plus dans l'article 845 qu'établissait le droit du renonçant et en fixe l'étendue.



Mais on insiste : l'article 845, ajoutent les partisans du cumul, est un article de faveur pour le renonçant, sa rédaction le prouve, or quelle faveur en résulte-t-il pour lui si vous le traitez comme un étranger, si vous ne lui permettez pas de retenir avec le disponible sa part de réserve dont il est justement nanti ? — Mais une faveur considérable : celle de pouvoir conserver une libéralité qui lui avait été faite par avancement d'hoirie et cela malgré la volonté du défunt, qui en ne la faisant pas par préciput entendait qu'elle fut une simple avance sur la part héréditaire. Cette faveur est si réelle que si je suppose plus de quatre enfants elle aura pour effet de rompre l'égalité au préjudice de ceux qui acceptent, égalité que le père de famille avait entendu maintenir.

Troplong nous oppose encore, en faveur de sa doctrine le dilemme suivant : « Les enfants n'ont que deux voies pour faire toucher aux donations faites par leur père : la voie du rapport et celle de la réduction. Celle du rapport ne peut avoir lieu, car d'après les articles 843 et 857 le rapport n'est dû qu'entre cohéritiers venant à une même succession, et le donataire renonce à la succession. Celle de la réduction n'est pas praticable. Car les enfants ne peuvent l'intenter que pour être remplis de leur légitime ; or, dans l'état de choses qui fait notre hypothèse, ils ont leur légitime intacte, et ce serait la légitime du donataire qu'ils demanderaient. » — Si les enfants acceptants ne peuvent avoir contre leur frère ou sœur renonçants l'action en rapport, ils ont au contraire l'action en réduction pour être remplis non pas de leur *légitime* mais ce qui est tout différent, de leur *réserve légale*. En en effet comme l'enfant renonçant a reçu de son père,

outre la quotité disponible telle que l'a déterminée l'article 913, d'après le nombre des héritiers du défunt, une portion quelconque de la réserve, c'est-à-dire de la portion de bien dont le propriétaire ne pouvait pas disposer à titre gratuit, et qui doit toujours être déferée tout entière à titre héréditaire aux héritiers privilégiés qui acceptent la succession, ses frères peuvent lui demander, aux termes de l'article 920, la part de la réserve qu'il détient aussi indûment qu'un étranger, puisqu'il ne la possède pas à titre héréditaire et à laquelle ils ont seuls droit en leur qualité d'héritiers. Il n'est donc pas vrai que en réclamant à leur frère renonçant tout ce qui excède la quotité disponible, les héritiers lui demandent sa propre réserve, car la réserve légale n'est pas, comme la légitime romaine, attribuée individuellement à chaque enfant, mais n'est qu'un objet inviolable du droit héréditaire des parents en ligne directe.

Si nous demandons maintenant à ceux qui défendent le système *du cumul* à quel titre l'enfant donataire qui renonce, retiendra sa part dans la réserve, l'accord cesse parmi eux. Suivant Toulier ce serait en sa qualité d'enfant. « Si la réserve n'était due, dit-il, qu'à l'héritier, comment concevrait-on que celui-ci, pour la compléter, pût exercer, quand il accepte, l'action en réduction des donations excessives ? Un enfant, comme héritier, ne peut-il avoir plus de droits que son auteur ? Ne doit-il pas comme héritier respecter les contrats passés par le défunt ? Cependant l'action en réduction appartient à l'enfant réservataire qui accepte l'hérédité ; donc il agit comme enfant et non pas comme héritier, donc la réserve n'est pas attribuée à la qualité d'héri-

tier, mais à la qualité d'enfant ; donc l'enfant, malgré sa renonciation peut retenir à ce titre d'enfant, qui ne saurait-êre abdiqué, la réserve qu'il a reçue. » — Je réponds que la propriété des biens se transmet par succession ou par dispositions entre vifs ou testamentaires. On peut être héritier ou donataire ; mais il faut être l'un ou l'autre ou tous les deux ensemble, pour pouvoir recueillir tout ou partie de ses biens. Or, l'enfant donataire, qui opte pour le don, a incontestablement droit, comme donataire à la quotité disponible : s'il accepte la succession, il a droit encore à une part dans cette succession. Mais s'il renonce à la succession, quoique toujours enfant par le sang, il n'est pas héritier, il n'a aucun droit sur les biens que la loi ne réserve qu'aux héritiers, c'est-à-dire, aux enfants qui acceptent : « le mot enfant comme intermédiaire entre donataire et héritier, n'a pas de place dans le Code, s'est écrié le procureur général Dupin, c'est une création *fantastique et cérébrine*. Il y a une quotité disponible et une réserve ; il y a des donataires et des héritiers ; il n'y a pas place pour une troisième catégorie. » — Suivant Troplong, l'enfant donataire, qui renonce à la succession, retiendrait sa part dans la réserve comme donataire : « Il faut distinguer, dit-il, deux sortes de renonciations : l'une pure et simple absolue, indéfinie, qui fait disparaître l'héritier et ne lui laisse ni droits, ni qualités ; l'autre conditionnelle et faite seulement *aliquo accepto* ; et celle-ci est bien différente de la précédente : l'héritier ne renonce comme héritier que pour se présenter ensuite comme *donataire* : il ne disparaît pas, il ne fait que changer de rôle et choisir entre deux titres celui qui lui est le plus avantageux. » Mais c'est précisé-

ment ce que je soutiens : au décès du donateur, l'enfant qui a reçu de son vivant une libéralité, se trouve investi de deux qualités : il est donataire et héritier. C'est à lui à réfléchir, à examiner laquelle de ces deux qualités lui est plus avantageuse et à opter : accepte-t-il, l'obligation du rapport efface le titre de donataire, et l'enfant viendra partager la succession avec ses cohéritiers comme s'il n'a point été gratifié par le défunt. Renonce-t-il, il n'est plus héritier, car la renonciation n'est rien autre chose que l'abdication de cette qualité ; donc il ne peut plus se présenter devant les réservataires acceptants que comme donataire ; or, la loi a soigneusement déterminé les limites du droit du donataire vis à vis des réservataires : elle ne lui accorde que la quotité disponible et rien de plus, dès lors, comment l'enfant renonçant pourra-t-il retenir la réserve à titre de donataire, du moment que le législateur défend de la *donner* ? D'ailleurs ne serait-il pas bizarre qu'il puisse conserver précisément ce qu'il a répudié ? Comment ! il n'est plus héritier et on lui attribue, à lui simple donataire une portion de biens qui ne peut être recueillie que par les héritiers ! Mais cela est impossible : une pareille contradiction ne saurait être le système de la loi. — Ainsi donc, l'enfant donataire qui renonce n'ayant aucun titre juridique qui lui permette de retenir sa part dans la réserve, la doctrine du cumul tombe d'elle-même.

M. Ragon a présenté de nouvelles considérations pour justifier la théorie du cumul. Dans l'article intitulé : *de la détention permise à un successible donataire qui accepte la succession*, il expose l'ensemble de son système qu'il rattache à ce principe, que la portion

du préciput, reçu par un successible venant à la succession, qui excède la quotité disponible, n'est que rapportable jusqu'à concurrence de la part du donataire dans la réserve et que par conséquent elle peut être retenue par lui jusqu'à cette limite dans tous les cas où la loi dispense du rapport en nature : en d'autres termes : le donataire, après avoir prélevé la quotité disponible en vertu de la clause de préciput, si la libéralité qu'il a reçue n'est pas épuisée par ce prélèvement, le donataire, dis-je, n'est assujetti qu'au rapport, et non à la réduction en ce qui touche sa part dans la réserve. La réduction ne doit commencer qu'autant que la donation est assez forte pour envahir les fractions de la réserve revenant aux autres héritiers : hors de là pas de réduction, car il n'y a pas de réduction contre soi-même : « Ceci est de grande conséquence, dit M. Ragon, car s'il est une fois prouvé que la donation qui porte sur la part de réserve d'un héritier venant à la succession est seulement sujette à rapport, et non à réduction (deux choses très différentes) il sera prouvé par là même que le donataire aurait pu retenir cette donation ou cette partie de la donation en renonçant à la succession d'après la règle que le rapport n'est dû que par celui qui vient à succession. Et si cela est admis, le procès de la vérité contre l'erreur sera jugé : on possédera un principe solide, source abondante de solutions exactes<sup>1</sup>. » ( Pour établir son principe, le savant auteur cite l'art. 844 C. civ. à la fin duquel il est écrit que, dans ce cas, *l'excédent est sujet à rapport*. Il en rapproche les articles 866 et 918, qui répètent à leur tour que cet excédent est simplement rap-

<sup>1</sup> Ragon, *op. cit.* t. I, p. 432 et suiv,



portable, et l'art. 924 qui le traite comme tel. En outre, M. Ragon fait remarquer à l'appui de son opinion que l'héritier donataire sera appelé à profiter jusqu'à concurrence de sa part héréditaire, de la portion de sa libéralité qui rentrera dans la succession, ce qui est un trait caractéristique du rapport, que ses cohéritiers ne lui demandent pas de remettre sa part dans la réserve dans la masse, parce que leur propre réserve serait entamée, mais enfin que chacun ait dans son lot des biens de la même qualité, ce qui est proprement l'objet du rapport à succession. Il fait observer encore que, si l'excédant de la donation sur le disponible est un immeuble et qu'il y ait dans les biens existants d'autres immeubles, dont on peut former des lots à peu près égaux pour les autres héritiers, l'enfant donataire qui vient à la succession, sera certainement dispensé de rapporter cet excédant en nature conformément à l'art. 859 qui pose la règle générale, et à l'art. 924 qui l'applique au préciput excédant la quotité disponible; or la réduction doit toujours avoir lieu en nature; d'où la conclusion que l'héritier donataire dont la libéralité excède la quotité disponible sera soumis au rapport et non à la réduction, s'il accepte la succession. Si on objecte à M. Ragon que l'art. 924 qualifie de *réductible* la donation dépassant la quotité disponible, il répond que cet article suppose apparemment une donation excédant à la fois la quotité disponible et la part du donataire, que c'est une dérision de prétendre que les autres héritiers auraient l'action en réduction, protectrice de la réserve, précisément pour enlever sa propre réserve. Il ajoute que l'article 924 décompose l'excédent de la donation sur le disponible en deux éléments, l'un qui

est seulement rapportable (c'est ce qui correspond à la part du donataire dans les biens réservés;) l'autre qui est réductible (c'est ce qui empiète sur la réserve des autres héritiers.) C'est pour faire concorder cet article avec les articles 844 et 859 et que le Tribunat y fit ajouter ces derniers mots : *s'ils sont de la même nature*. La contradiction n'aurait pas été possible, s'ils ne se fût agi que de réduction dans l'art. 924.

Cela étant établi, pour prouver que le réservataire qui renonce pour s'en tenir à un préciput supérieur à la quotité disponible, peut retenir avec cette quotité sa part dans la réserve M. Ragon raisonne ainsi : L'héritier auquel il a été fait une donation par préciput dépassant la quotité disponible est soumis au rapport et non pas à la réduction pour ce qui excède cette quotité disponible, lorsqu'il accepte la succession. Il ne peut devoir le rapport que comme héritier ; donc s'il renonce à la succession, il n'est pas héritier ; n'étant pas héritier, il ne doit pas le rapport ; ne devant pas le rapport, il a le droit de retenir à titre de réserve ce qui excède la quotité disponible. Il s'appuie, en outre, sur l'art. 921 C. civ. qui, suivant le savant professeur, prouverait à lui seul le droit du préciputaire renonçant de retenir sa part dans la réserve. Suivant cet auteur, le législateur a entendu, par cet article, n'assigner l'action en réduction à chaque réservataire que proportionnellement à sa part dans la réserve. Il a fait la réserve divisible et individuelle comme l'était la légitime de la coutume de Paris en vertu de son article 298. La discussion de laquelle est sorti l'art. 921 met ce point hors de doute ; d'où cette conséquence qu'entre deux réservataires acceptants dont l'un a reçu des libéralités excessives et

l'autre rien du tout, celui-ci ne peut exercer l'action en réduction contre celui-là que pour sa part virile dans la réserve. Quant à la part de réserve afférente à son coréservataire et détenue par lui en vertu de la donation qui lui en a été faite, il n'a aucune action si ce n'est celle en rapport. Or, comme l'art. 921 ne fait aucune distinction entre l'acceptation ou la répudiation de la succession par l'enfant donataire, nous devons, dit M. Ragon, reconnaître au successible acceptant comme au successible renonçant le droit de ne subir la réduction que pour la portion qui compète aux demandeurs dans la réserve ; d'où le droit absolu pour le premier de retenir sa propre part de réserve sur les biens donnés.

Puis passant à l'héritier donataire sans dispense de rapport, M. Ragon lui applique le même raisonnement : « Dans ma conviction bien arrêtée, dit-il, le droit de retenir une part dans la réserve est le premier droit du successible qui renonce pour garder un avancement d'hoirie ; celui d'y ajouter la rétention de la quotité disponible n'est que le second. Ni l'un ni l'autre n'est douteux. L'enfant peut cumuler s'il y échoit. La meilleure preuve de ce droit est celle que j'ai tirée pour le préciputaire de la distinction existante entre le rapport et la réduction. Il faut le répéter : Si l'enfant donataire en avancement d'hoirie était venu à la succession, au lieu d'y renoncer, il aurait dû à ses cohéritiers le rapport de cette partie de la donation qui eût frappé la quotité disponible, puisque la clause de préciput n'est nécessaire qu'à l'héritier qui vient à partage pour qu'il puisse la retenir ; il leur aurait dû aussi le rapport et rien que le rapport, de la partie de la donation correspondant à

son droit dans l'hérédité réservée ; mais pour la partie de cette donation qui eût atteint leur réserve, à eux, il aurait été soumis à l'étroite et inévitable obligation de la réduction. Tel eût été le sort de la libéralité au cas d'acceptation de la succession par le donataire. Mais le donataire n'accepte pas, il renonce. Sa renonciation lui donne le droit de retenir tout ce qu'il aurait dû rapporter, s'il eût accepté, car l'héritier venant à la succession est seul soumis au rapport. L'art. 843 peut se retourner ainsi : L'héritier ne venant pas à une succession ne doit pas rapporter ce qu'il a reçu du défunt... Il reste donc seulement exposé à la réduction. La partie de la donation qui aurait été réductible en cas d'acceptation, reste toujours réductible. Mais la réduction n'a pas lieu pour ce qui n'était que rapportable. Elle est donnée à chaque enfant par l'art. 921 pour demander sa réserve propre et non celle de son conservataire. D'où encore toujours cette conséquence que le renonçant put retenir sa part dans la réserve. Je n'insiste que sur la preuve du droit de retenir la réserve parce que l'art. 845 consacre surabondamment le droit de retenir la quotité disponible, si elle n'a pas été donnée à d'autres<sup>1</sup>. »

M. Ragon présente à l'appui de son système un argument qui, à son avis, est le plus puissant, le plus irrésistible. « C'est un coin, dit-il qu'on peut enfoncer dans presque tous les raisonnements des adversaires de la rétention de la réserve, une hache avec laquelle on peut mettre en pièces tous leurs discours. » Ce terrible argument est fourni par l'article 924 dont voici les termes : *Si la donation entre vifs réductible a été faite à l'un des successibles, il pourra retenir, sur les biens donnés, la*

<sup>1</sup> P. 491.

*valeur de la portion qui lui appartiendrait comme héritier dans les biens non disponibles, s'ils sont de la même nature.* Et voici maintenant l'argumentation de M. Ragon. Jacqueminot, nous dit-il, avait emprunté à la célèbre ordonnance *des donations* son article 34 pour en former les articles 24 et 25 du titre *des donations entre vifs et à cause de mort*. Dans le projet de Code qu'il présenta à la commission législative du conseil des Cinq-Cents, l'art 25 portait «... si la donation qui se trouve dans le cas d'être réduite a été faite à l'un des successibles, celui-ci est autorisé à retenir sur ces biens donnés la valeur de la portion qui lui appartiendrait comme héritier dans les biens indisponibles. » C'était pour le sens, sinon pour les mots, la reproduction exacte de cette proposition de l'art. 34 de l'ordonnance : « Et en cas qu'un ou plusieurs des donataires soient du nombre des enfants du donateur qui auraient eu droit de demander leur légitime sans la donation qui leur a été faite, ils retiendront les biens à eux donnés jusqu'à concurrence de la valeur de la légitime ». Il n'y a pas de doute que cet article 34 ne s'appliquât à un enfant donataire qui s'abstenait de la succession paternelle et se défendait contre l'action en réduction de ses frères. Ce qui le prouve c'est que l'article ne permettait pas seulement aux enfants donataires de retenir la légitime. il leur permettait encore de prendre la qualité disponible, ainsi qu'il résulte de ces mots qui le terminent : « Et ils ne seront tenus de la légitime des autres que pour l'excédant ». L'art 25 du projet Jacqueminot, textuellement répété par l'art. 25 du projet de l'an VIII, régissait tout comme l'art. 34 de l'ordonnance le cas d'un enfant donataire renonçant, défendeur à l'action de ses frères et sœurs.



La section de légitime du conseil d'Etat modifia légèrement le style des premiers projets. Mais c'était toujours incontestablement le cas d'un successible renonçant qu'elle prévoyait par la rédaction suivante placée tantôt sous le numéro 29, tantôt sous le numéro 34. « Si la donation entre vifs réductible a été faite à l'un des successibles, il pourra retenir sur les biens donnés la valeur de la portion qui lui appartiendrait comme héritier dans les biens non disponibles. » Telle est la disposition que le Conseil d'Etat adopta sans discussion dans la séance du 12 ventôse an XI. « Dire, continue M. Ragon, qu'un successible donataire peut retenir la valeur de la portion qui lui appartiendrait comme héritier, dans les biens non disponibles, c'était dire que la réserve du Code se comporte exactement comme l'ancienne légitime, ou plutôt qu'elle n'est pas autre chose que l'ancienne légitime car un pareil droit de rétention est caractéristique de la légitime ; c'était dire que les diverses parties de cette légitime ou réserve, peu importe le nom n'ont entre elles que le lien de solidarité qui existe dans toute succession dévolue à plusieurs héritiers. » Mais le Tribunal oubliant la filiation de la disposition qui lui était soumise, brouilla le cas où le successible accepte la succession et où il y a lieu du rapport comme à la réduction, avec le cas où le successible renonce, et où il ne peut y avoir lieu qu'à réduction. C'était de réduction qu'il s'agissait ; le Tribunal crut qu'il était uniquement question de rapport, et pour mettre l'art. 294 en harmonie avec l'art. 854 il proposa d'ajouter à la fin du premier les mots *s'ils sont de la même nature*. La section de la législation de Conseil d'Etat et le conseil lui-même consentirent à cette addition qui était effectivement né-

cessaire, du moment qu'il n'était plus question que du rapport auquel est tenu le successible donataire venant à la succession. « Malheureusement les six mots que le Tribunat, sans songer à mal, fit insérer à la fin de l'article 924, ont transporté aux successibles acceptants ce qui était écrit des successibles renonçants et mis l'esprit de l'article à l'envers. Mais en dépit du Tribunat l'article 924 reste une preuve excellente pour notre thèse. En autorisant celui qui accepte à retenir ou plutôt à ne pas rapporter sa réserve, si les autres sont biens de la même nature, il autorise virtuellement celui qui renonce à la retenir indépendamment de cette condition, qui ne peut regarder que celui qui vient à partage. Le moins habile interprète peut encore lire sur l'envers de cet article ce qui se trouvait à l'endroit, et il doit le compléter.... » <sup>1</sup>.

M. Ragon ne voit pas seulement dans l'origine et la rédaction de l'art. 924 un argument favorable à sa doctrine, mais encore dans la tournure même de cet article. « Si le successible, dit-il, dont parle l'article 924 est héritier acceptant, pourquoi dire au conditionnel *qui lui appartiendrait comme héritier* ? Il faut *qui lui appartient* pour le français. Le mode conditionnel se comprendrait au contraire parfaitement s'il s'agissait comme dans le texte primitif d'un successible renonçant puisqu'il y aurait alors une condition exprimée par les mots *comme héritier* » <sup>2</sup>.

Quelque habile que soit l'argumentation de M. Ragon néanmoins je ne crois pas qu'elle doive être admise. Je m'attacherai de justifier ma pensée.

<sup>1</sup> *Op. cit.* p. 481 et 482.

<sup>2</sup> *Op. cit.* p. 303.

Tout d'abord je conteste le point de départ de la théorie du savant professeur. Je pense que dans l'art. 844 le mot *rapport* n'est pas pris dans son sens juridique, qu'il y est employé pour indiquer seulement l'obligation de remettre, dans la masse de la succession ce qui en était sorti et que l'excédent de la libéralité sur la qualité disponible est soumis à réduction. M. Gabriel Demante, lui-même, reconnaît qu'une correction est nécessaire dans l'art. 844 et qu'au lieu de *l'excédant est sujet au rapport* il faut lire *l'excédant est sujet à réduction*<sup>1</sup>. En effet je suppose que le défunt ait laissé 20,000 de biens existants et deux fils à l'un desquels il a donné par préciput un immeuble dont la valeur s'élève à 100,000 fr. le fils donataire a aliéné l'immeuble, il est insolvable et il accepte la succession. Si nous suivons les règles du rapport en ce qui touche l'excédent sur la quotité disponible, le rapport aura lieu en moins prenant, art. 860 et le tiers acquéreur de l'immeuble donné ne pourra être inquiété. Si au contraire nous suivons les règles de la réduction ce tiers acquéreur pourra, discussion préalablement faite au donataire, être obligé de parfaire la réserve, art. 930, sauf son recours en garanti contre son auteur. C'est bien ce dernier résultat que M. Ragon sera obligé d'admettre dans notre espèce et c'est ce que M. Demolombe<sup>2</sup> admet en effet ; or, le rapport et la réduction étant deux choses différentes, qui ont un but différent et qui son soumises à des principes, différents, je ne comprends pas qu'il y ait lieu tout ensemble à rapport et à réduction, que les héritiers invoquent tantôt les règles du rapport, tantôt celles de la réduction ; et du mo-

<sup>1</sup> Gal. Demante. *Revue critique de législation*, t. II, p. 96.

<sup>2</sup> Demolombe. *Traité des successions*, t. IV, n° 168.

ment que le mot *rapport* ne peut être toujours entendu dans son sens technique. du moment qu'il s'agit de la quotité disponible, il faut donc toujours lui donner celui de réduction. D'ailleurs le rapport est une institution dont le but est d'établir l'égalité entre plusieurs héritier, venant à une même succession, en obligeant ceux qui sont donataires au défunt à remettre dans la masse le montant de leur don. La loi sous entend cette interprétation de sa volonté. Il est évident que le rapport ainsi conçu est incompatible avec la clause de préciput par laquelle le donateur déclare vouloir dévoyer au principe égalitaire posé par l'art. 745, en d'autres termes il ne peut y avoir question d'égalité en matière de succession, par conséquent de rapport, là où le défunt dit en termes exprès qu'il ne veut pas d'égalité. D'où je conclus, contrairement à M. Ragon que l'excédant de la donation faite par préciput à un enfant venant à la succession sur la quotité disponible est soumis à la réduction. Par là se trouve détruite l'une des principales bases de sa théorie. Mais ce n'est pas tout.

Suivant le savant professeur, l'enfant donataire, s'il vient à la succession, doit le rapport de cette partie de la donation qui épuise la quotité disponible et de celle qui correspond à sa part dans la réserve; que s'il renonce, sa renonciation lui donne le droit de retenir tout ce qu'il aurait dû rapporter, s'il eût accepté, car l'héritier venant à la succession est seul soumis au rapport et que la réduction n'a pas lieu pour ce qui n'était que rapportable. Ainsi je suppose que le défunt laisse 60,000 de biens extant et 3 enfants dont l'un donataire, sans clause de préciput, pour 16,000 fr. renonce à la succession. Suivant M. Ragon si cet enfant venait à la succe-

sion, il rapporterait les 16,000 fr, mais comme il renonce il pourra les garder intacts, sans crainte de voir diriger contre lui l'action en réduction des autres réservataires. Un pareil résultat est formellement rejeté par l'art. 920 qui déclare expressément sans faire aucune sorte de distinction que « *les dispositions soit entre vifs soit à cause de mort, qui excéderont la quotité, seront réductibles à cette quotité, lors de l'ouverture de la succession.* » Donc il n'est pas exact de dire, ainsi que le fait M. Ragon, que l'héritier acceptant étant seul soumis au rapport, l'héritier renonçant a par cela même le droit de retenir ce qu'il n'est pas obligé de rapporter.

M. Ragon prétend que l'enfant donataire qui renonce retiendra sa part dans la réserve à titre d'héritier. Mais n'a-t-il pas perdu cette qualité par suite de sa renonciation à la succession? L'art 785 ne dit-il pas que celui qui a renoncé à l'hérédité est censé n'avoir jamais été héritier? Ici M. Ragon se récrie: Suivant lui « la principale cause de nos erreurs est dans l'article 785 mal interprété <sup>1</sup>. » De ce qu'il déclare que l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier, nous concluons à tort, par forme de *raisonnement mécanique*, que ce successible n'est plus qu'un étranger pour la succession, et qu'il faut traiter la libéralité qui lui a été faite et qu'il retient, fût-elle en avancement d'hoirie, comme on traite la libéralité faite à un étranger. Là est l'erreur. M. Ragon distingue. Pourquoi? Parce que « le droit vit de distinctions et il faut ici distinguer, si la libéralité était ou non par préciput, si elle était une donation de la part héréditaire ou hors part, il faut voir si le renonçant reçoit ou non sa part de succession à quelque au-

<sup>1</sup> P. 442.



tre titre que celui d'héritier. S'il l'a reçue, il est censé a certains égards *et pour certains effets avoir été héritier.* » — Les distinctions dont vit le droit, ainsi que le dit M. Ragon, je les reconnais quand elles sont écrites dans la loi ; mais lorsqu'elles ne s'y trouvent pas, je répète avec la loi *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.* Or, je ne sache pas que la loi dise en quelque endroit que le donataire en avancement d'hoirie, qui renonce à la succession, est censé avoir été héritier à l'effet, notamment, de retenir en cette qualité ce qu'il ne peut retenir en vertu de l'article 845. « Nous demandons, dit Vernet, que l'on nous montre le texte qui fait exception à l'art. 785 et qui reconnaît comme étant encore héritiers à certains égards, pour certains effets, des héritiers ayant renoncé à la succession à laquelle ils étaient appelés. Tant que l'on ne nous montrera pas ce texte, nous persèvererons à être mécaniciens et nous penserons que c'est là de la mécanique rationnelle<sup>1</sup>. » D'ailleurs M. Ragon ne se montre pas logique sur ce point. En effet aux termes de l'article 844 C. Civ. un cohéritier qui a subi une éviction à droit à une garantie vis-à-vis de ses cohéritiers. Eh bien, je suppose qu'un père ayant deux enfants, donne à l'un d'eux sans dispense de rapport, un immeuble valant 80,000, puis qu'il décède laissant pour 40,000 de biens. L'enfant sans doute s'empressera de renoncer pour pouvoir garder, d'après le système de M. Ragon, les 80,000 équivalant à sa part dans la réserve et au disponible cumulés. Supposons qu'il soit évincé : la garantie lui est-elle due ? Non, répond M. Ragon. Donc le renonçant n'est pas hé-

<sup>1</sup> Vernet. *Compte-rendu sur l'ouvrage de M. Ragon*, dans la *Revue Pratique*, t. XIV, 1862, p. 552. Voy. pag. 565.

ritier à cet égard à cet effet. Ceci n'est pas logique, car s'il lui attribue sa part dans la réserve à titre d'héritier, il doit lui reconnaître tous les droits qu'entraîne cette qualité et lui accorder un recours contre son frère, à raison de l'éviction subie. Ainsi, suivant M. Ragon, le réservataire donataire qui renonce n'est héritier que pour retenir sa part dans la réserve : à tous autres points de vue il n'est plus que donataire et doit être traité comme tel ! Une pareille doctrine n'est-elle pas évidemment arbitraire ?

Le savant professeur soutient encore que l'art. 921 a fait la réserve divisible et individuelle comme l'était la légitime de la coutume de Paris en vertu de son article 298. — J'avoue qu'il m'est impossible de saisir comment le caractère individuel et divisible peut résulter de l'article 921 d'après lequel « *la réduction des dispositions entre vifs ne pourra être demandée que par ceux au profit desquels la loi fait la réserve, par leurs héritiers ou ayants cause : les donataires, les légataires, ni les créanciers du défunt ne pourront demander cette réduction, ni en profiter.* » Ce texte n'a point pour objet de déterminer quelle est la nature de la réserve, mais simplement d'indiquer quelles sont les personnes qui ont droit de réduire les donations entre vifs ou testamentaires qui excèdent la quotité disponible. D'ailleurs sa construction grammaticale se refuse à une pareille interprétation, car pour que la phrase ait un sens partitif, il faudrait qu'elle portât : *ne pourra être demandée que par chacun de ceux...*

Il est vrai que M. Ragon ne s'en tient pas seulement au texte de cet article pour établir ce qu'il avance et ajoute que la discussion de laquelle est sorti l'article

921 met ce point hors de doute. — Mais M. Ragon se fait illusion : en effet l'art. 921 du Code civil se compose de deux propositions qui, dans le projet soumis au Conseil d'Etat formaient, chacune l'objet d'un article spécial, art. 24 et art. 25. L'article 24 portait que : « lorsque dans l'une ou l'autre ligne paternelle ou maternelle, il se trouvera plusieurs héritiers dont les uns auront et les autres n'auront pas le droit de demander la réduction, elle ne s'opérera qu'à l'égard de ceux au profit desquels la loi restreint la faculté de disposer. Dans tous les cas, la réduction sera dans les proportions établies par l'art. 18 en raison de la réserve de chaque successible » ce qui semble donner raison au savant professeur ; mais cet article fut, sur la demande du consul Lebrun, retranché comme inutile et à juste titre, car par suite de la transformation de l'art. 18, la seconde partie de l'article 24 n'était plus en harmonie avec l'organisation nouvelle de la réserve : en effet, l'art. 18 déterminait la légitime individuellement, prenant pour base la portion héréditaire que chaque enfant aurait recueillie, ab intestat, à défaut de donation entre vifs ou testamentaire ; or, ce système fut abandonné et l'art. 21 de la nouvelle rédaction du titre des donations entre vifs et des testaments, ne fixait plus la légitime de chacun d'après la part héréditaire ab intestat, mais déterminait simplement la quotité disponible, d'après le nombre des héritiers qui succédaient réellement au défunt. — Quant à la discussion que l'article 25 du projet fit naître au sein du Conseil d'Etat, elle porta uniquement sur les conséquences à tirer du principe que la réserve est une portion ab intestat et nullement sur l'attribution collective ou individuelle de ce droit. Je conclus

done que l'argument de M. Ragon n'a aucune valeur.

Je passe maintenant à l'argument qu'il tire sur l'article 924 Code civil. Il invoque d'abord l'origine de cet article puisé dans l'art. 34 de l'ordonnance de 1731 sur les *Donations*, qui, dit-il, autorisait le légitimaire renonçant de cumuler sa légitime et la portion dont il était permis au père de disposer. — Loin de contester l'origine des articles 923 et 924, je reconnais volontiers que les rédacteurs les ont puisés dans l'art. 34 de l'ord. de 1731... Mais est-il vrai que cet article 34 vint consacrer le cumul ? C'est ce que je ne crois pas. Le cas prévu dans la première partie de ce texte était celui où le père, ayant disposé entre vifs par les donations, laissait à son décès des biens insuffisants pour parfaire la légitime de ses enfants. Le législateur d'alors, pour trancher la difficulté qui s'était élevée sur le point de savoir dans quel ordre devait s'opérer la réduction, décida qu'il fallait commencer par réduire les libéralités plus récentes et remonter ainsi jusqu'aux premières. Dans la seconde partie, l'art. 34 s'occupant de l'hypothèse où parmi les donataires se trouvaient les enfants du donateur « qui auraient eu droit de demander la légitime, sans la donation qui leur a été faite, » décidait que ces derniers seraient jusqu'à concurrence de leur légitime à l'abri de la réduction et qu'ils n'y seraient soumis que pour l'excédant, pour ce qu'ils détenaient en dehors de leur légitime, décision fort raisonnable, qui évitait un circuit d'action. Cet article consacrait donc la faculté d'attribuer la légitime au moyen d'une donation entre vifs. Mais il ne nous dit point si ces enfants qui pouvaient ainsi retenir leur part légitimaire sur les biens donnés, étaient ou non héritiers et dès lors il n'est point permis

de soutenir que l'art. 34 consacrait formellement le droit, pour le donataire renonçant de cumuler sa légitime et la portion disponible. « Il est si vrai, dit fort bien M. Ginoulhiac, que la faculté de renoncer et de retenir n'est pas traitée dans cet article, qu'aucun des auteurs qui ont précédé le Code civil, notamment Pothier, ne s'appuie sur lui pour l'accorder au légitimaire donataire : on s'appuie toujours sur les coutumes et sur la jurisprudence. Il faudrait autrement prétendre que l'art. 34 a abrogé toutes les coutumes qui soumettaient au rapport même les renonçants, ce qui est insoutenable <sup>1</sup> »

M. Ragon prétend en outre que l'art. 34 du projet du Code civil (correspondant à l'art. 924 adopté par le Conseil d'Etat dans la séance du 12 ventôse an XI prévoyait le cas d'un successible renonçant, que ce fut le Tribunal qui brouille le cas où le successible accepte avec celui où il renonce et qu'ainsi l'addition des mots : *s'ils sont de la même nature* n'y proviennent que d'un malentendu. — Je tâcherai de prouver le contraire. Le Tribunal expliqua le motif pour lequel il demandait un changement dans l'art. 34 : « Cette addition est nécessaire, dit-il, pour établir une concordance entre cet article et les articles 127 et 142 de *titre des successions* (art. 895 du Code civil) qui veulent le rapport en nature afin qu'un des héritiers n'ait pas tous les immeubles tandis que les autres seraient réduits à des meubles ou à une somme d'argent pour leur portion<sup>2</sup>. » Le Tribunal, en demandant qu'on fît accorder l'art. 924 avec ceux qui,

<sup>1</sup> Ginoulhiac. Dans *la Revue de Droit français et étranger*, t. III, (1846) p. 457. Voy. aussi Machelard, *op. et loc. cit.* p. 742.

<sup>2</sup> Fenet, t. XII, p. 448.



au *titre des successions*, prescrivait le rapport en nature, indiquait que cet article ne comportait en lui-même qu'un retranchement en moins prenant et qu'il était nécessaire d'exiger le retranchement en nature, pour éviter les inconvénients qu'il signalait. Or, il est évident que le retranchement en moins prenant, suppose celui qui le supporte venant à la succession, au partage : pour moins prendre, il faut nécessairement prendre part. — Le Conseil d'Etat adopta la proposition du Tribunal sans doute parce que l'interprétation donnée par le Tribunal était aussi la sienne, parce que l'égalité exigée entre cohéritiers se trouvait aussi satisfaite. Bigot-Préameneu, dans l'exposé des motifs au corps législatif, justifia de la même manière le changement apporté au projet : « on a consacré, dit-il, aussi cette autre disposition de la même loi (ord. de 1731) suivant laquelle, lorsque la donation entre vifs, réductible a été faite à l'un des héritiers ayant une réserve légale, il peut retenir sur les biens donnés la valeur de la portion qui lui appartiendrait comme héritier dans les biens non disponibles, s'ils sont de la même nature. Dans ce cas, il était impossible de maintenir ainsi la propriété de l'héritier donataire sans cause de préjudice à ses cohéritiers<sup>1</sup>. » « Est-il raisonnable, observe M. Machelard après toutes ces épreuves que le Tribunal n'a point compris l'article auquel il demandait une modification, que le Conseil d'Etat, en s'empressant d'adhérer à cette proposition est tombé dans la même erreur et que l'orateur du gouvernement, frappé du même aveuglement, ait fait partager au corps législatif la bétise éclosée au sein du Tribunal, et accueillie sans observation par le Conseil d'Etat

<sup>1</sup> Fenet, t. XII, p. 544.

auquel manquait la conscience de la réforme qu'il sanctionnait<sup>1</sup> ? » Concluons donc que même avant la communication officieuse au Tribunal, l'art. 34 du projet n'avait trait qu'au cas où l'héritier donataire acceptait la succession et que, par suite, l'argumentation de M. Ragon est sans fondement.

Certains partisans de la théorie du cumul, notamment Malleville, Laferrière, Taulier, s'appuient également sur l'art. 924 pour soutenir le droit de rétention de la réserve par le successible donataire renonçant, mais ils l'interprètent d'une façon différente. Suivant eux ce texte ferait allusion à un héritier *qui renonce*. En effet, disent-ils, quand il s'agit d'un héritier qui accepte et que la donation a été faite sans clause de préciput, il y a lieu au rapport de toute la donation ; si la clause de préciput a été stipulée et que la donation excède la quotité disponible, l'excédant, selon l'art. 844 est sujet à rapport. Ainsi dans l'hypothèse de l'acceptation, il n'y a jamais de donation réductible. L'art. 924 parle d'une donation réductible, il suppose donc nécessairement une renonciation. En outre, la loi dit : *il pourra retenir la portion qui lui appartiendrait comme héritier*, c'est-à-dire qui appartiendrait à lui comme successible, s'il était héritier. L'opposition des deux expressions met l'idée de la loi parfaitement à découvert. Enfin, ajoutent-ils, si l'art. 924 était applicable à l'héritier acceptant, il serait en contradiction avec l'art. 866 C. Civ., car tous les deux donnent des solutions opposées sur la manière dont on doit procéder au retranchement de l'excédant de la donation sur la quotité disponible, lorsque c'est un des réservataires qui y est soumis. En effet l'art. 866 suppose

<sup>1</sup> Machelard. *op. et loc. cit.* p. 745.

que le successible a reçu du défunt par don préciputaire, un immeuble dont la valeur dépasse la quotité disponible. Il y a lieu à réduction : l'article déclare que le rapport de l'excédant se fera en nature si le retranchement de cet excédant peut s'opérer commodément ; dans le cas contraire, il sous-distingue : si l'excédant est de plus de moitié de la valeur de l'immeuble, le donataire devra le rapporter en totalité, si la valeur de la quotité disponible est supérieure à la valeur de la moitié de l'immeuble, le successible donataire par préciput pourra garder l'immeuble entier « sauf à moins prendre et à récompenser ses cohéritiers en argent ou autrement. » L'article 924, au contraire, ne fait aucune de ces distinctions et décide que le rapport se fait en moins prenant, s'il y a des biens de la même nature dans la succession : ce qui implique que hors ce cas, le rapport doit toujours se faire en nature ; or l'article 866 dit le contraire, dans l'hypothèse analogue qu'il prévoit.

A mon avis, dans l'article 924, la loi suppose d'une part, que l'héritier réservataire a reçu du défunt une donation *par préciput* et d'autre part que le donataire *accepte* la succession. Ces deux faits doivent être supposés : en effet, si l'héritier réservataire n'était point donataire par préciput, la loi le soumettrait non pas à la *réduction* mais au *rapport* ; s'il était renonçant elle ne l'autoriserait pas à retenir une portion de biens indisponibles qui doit lui appartenir comme héritier, à une condition qui suppose nécessairement cette qualité dans sa personne. Je m'explique : l'art 924 étant inapplicable au cas où il n'existe point dans la succession des biens semblables à ceux qui ont été donnés au réservataire, la question de savoir si l'héritier renonçant a ou

non le droit de retenir sa réserve, dépendrait d'après l'interprétation de l'art. 924 donnée par Laferrière, Taulier, etc., uniquement de la *nature* des biens que le de-cujus a laissés dans sa succession ! Un droit de cette importance ne saurait être subordonné à une circonstance aussi minime que celle de l'identité dans la nature des biens ; on ne conçoit pas comment le législateur aurait pu avoir la singulière idée de subordonner le droit si considérable pour un héritier renonçant, de cumuler sa part avec le disponible à cette circonstance assez insignifiante en soi, qu'il y ait dans la succession des biens de la même nature que ceux donnés au successible. D'après mon interprétation, la condition finale de l'art. 924 se comprend très bien : Lorsque dans les biens formant la portion indisponible, il se trouve des immeubles de la même nature que celui à retrancher de la donation, au lieu de contraindre l'héritier donataire à le remettre à la masse en nature, il paraît naturel de lui accorder la faculté de retenir sur les biens donnés la valeur de la portion qui lui appartient de droit comme héritier dans les biens non disponibles de même nature. Pareille faculté, favorable au donataire, ne cause aucun préjudice à ses cohéritiers : le réservataire acceptant, ceux-ci n'ont aucun intérêt à lui enlever les biens qu'il possède. Puisqu'ils trouvent dans la succession, pour former leurs lots, des biens de même nature, à quoi bon forcer l'héritier donataire de remettre, dans la succession des biens qui pourraient former son lot à lui-même, et qui lui appartiendraient comme héritier par le résultat du partage. Taulier lui-même reconnaît « qu'il est impossible de croire qu'une faculté aussi grave ait été subordonnée à un accident aussi simple » mais voici

l'explication qu'il en donne : « D'après l'art. 924, dit-il, le rapport peut être exigé en nature toutes les fois qu'il n'y a pas dans la succession des immeubles de même nature, valeur et bonté dont on puisse former des lots à peu près égaux pour les autres cohéritiers. Or, on explique ainsi l'article 924 en le rapprochant de l'art. 859 : s'il y a dans la succession des biens de même nature, que ceux qui ont été donnés à l'héritier renonçant, celui-ci pourra retenir, sur les biens donnés, sa réserve en nature même ; dans le cas contraire, au lieu de retenir précisément les biens donnés, il rapportera la partie de ces biens qui représente sa réserve personnelle, et il s'établira entre les autres réservataires et lui un partage de tout le patrimoine réservé, partage dans lequel des lots seront composés autant que possible de manière à faire participer chaque réservataire aux biens de diverses natures. En d'autres termes, la réserve totale se partagera entre les réservataires comme une succession se partage entre des cohéritiers et la réintégration faite par la masse réservée, sera suivie d'une restitution faite par la masse au renonçant<sup>1</sup>. » — Cette solution est inacceptable. Elle ne tient aucun compte de la renonciation, car elle impose l'obligation du rapport à un renonçant : elle fait partager la succession entre un renonçant et ceux qui l'ont acceptée. Je n'y insiste pas davantage.

Quant à l'argument que l'on tire des expressions de l'art. 924 *qui lui appartiendraient comme héritier* » M. Demolombe<sup>2</sup> fait très heureusement remarquer que le conditionnel porte non pas sur le fait de la qualité d'héritier, mais sur le fait de l'attribution des biens

<sup>1</sup> Paulier, *op. et loc cit.* p. 335.

<sup>2</sup> Demolombe. *Tr. des Donations*, t. II, n° 395, infine p. 586. — Voyez aussi Marcadé, sur l'art. 924, n° 2. t. III.



de telle ou telle nature, qui pourrait résulter du partage au profit de l'héritier donataire : Le sens de l'art. 924 est le suivant : le réservataire donataire par préciput pourra retenir en acceptant la succession, sur le don qu'il a reçu, non seulement la quotité disponible, mais aussi la valeur de la part qu'il prendrait en sa qualité d'héritier dans les biens indisponibles, s'il remettait à la masse partageable l'excédant du disponible.

Il ne me reste plus pour réfuter complètement l'interprétation de l'art. 924 donnée par Laferrière, Taulier etc., que de concilier ce texte avec l'article 866. Levasseur déclare que ce point est insolvable. « Les articles 866 et 924, dit-il, quoique placés l'un sous le *Titre des successions*, l'autre sur le *Titre des Donations et Testaments*, sont relatifs tous les deux à l'héritier avantagé avec dispense de rapport contre lequel on veut exercer la réduction de sa donation excessive. Nous ne voyons pas de raison pour préférer l'un à l'autre. C'est au législateur à prononcer sur cette difficulté<sup>1</sup>. » Cependant d'autres auteurs ont cherché à mettre en harmonie ces deux articles. Marcadé raisonne ainsi : l'art. 866 ne prévoit qu'un cas, celui où la réduction de l'immeuble donné par préciput est seulement partielle. Il ne peut être invoqué par le successible dont la donation est réductible pour les libéralités antérieures ayant épuisé la quotité disponible. Ce successible se trouverait donc sous l'application des règles ordinaires de la réduction et par suite de l'impossibilité de rien retenir de l'immeuble. L'art. 924 vient lui donner un droit de rétention pour le cas où cela ne doit blesser en rien les

<sup>1</sup> Levasseur. *Traité de la position disponible*. — An. XIII-1803, n° 164, p. 174.

droits des cohéritiers, la succession contenant de quoi les indemniser exactement'. Ce système doit être rejeté, car on en trouve aucune trace dans les textes, ni dans les travaux préparatoires. M. Duranton enseigne aussi un système étrange. Son système qui tend à combiner les articles 866 et 924 consiste à joindre la part disponible à la réserve, pour apprécier si le tout excède ou non la moitié de l'immeuble et faire prévaloir dans l'une ou l'autre hypothèse, l'alternative du premier de ces articles, modifié par la condition qu'exige le second, c'est-à-dire l'existence des biens de la même nature dans l'hérédité. Ainsi quand cette condition existe deux cas peuvent se présenter suivant que le passage de l'immeuble donné est facile ou non. Si la division peut s'opérer commodément, le retranchement se fera en nature, conformément au premier paragraphe de l'art. 866, mais seulement pour ce qui excède la réserve du donataire réunie à la part disponible qu'il peut recevoir. Si la division est incommode, il y aura lieu à l'application du second paragraphe du même article, et l'immeuble appartiendra en totalité à l'héritier ou à la succession, d'après la règle *major pars trahit ad se minorem*, mais il faudra imputer sur la part de l'héritier et sa portion de réserve, et la fraction disponible dont il est gratifié<sup>2</sup>. — Je ne saurais admettre ce système. En effet ni l'art. 866, ni l'art. 924, ni aucun autre texte du Code ne permettent à l'héritier donataire préciputaire de garder l'immeuble entier en cas de

<sup>1</sup> Marcadé, *op. et loc. cit.* — Voy. en ce sens. Saintespès-Lescot *Traité des donations entre vifs et des Testaments*, 1855, t. II, n° 524, p. 357. — Vernet, *op. cit.* p. 496.

<sup>2</sup> Duranton, *Cours de droit français suivant le code civil* (1828), t. VII, p. 579.

partage incommode quand il n'a droit à plus de la moitié qu'au moyen du disponible et de sa réserve cumulée: l'art. 924 lui permet de retenir sur l'immeuble sa part dans la réserve, mais ne lui permet pas d'additionner cette part de réserve et le disponible pour arriver à garder l'immeuble entier par application de la règle: *major pars trahit ad se minorem*; d'autre part l'art. 866 lui permet bien de conserver l'immeuble entier par application de cette règle mais seulement quand il a droit à plus de la moitié à l'aide du disponible seul<sup>1</sup>. — d'autres auteurs disent que l'art. 866 ne s'applique qu'à un immeuble difficilement partageable, l'art. 924, prévoyant le cas contraire<sup>2</sup>, opinion difficile à soutenir en présence des termes à l'article 866. Dalloz aperçoit une véritable antinomie entre les articles 866 et 924 et cherchant néanmoins à les combiner, il ne trouve rien de mieux que d'effacer du second la condition importante qui le termine, c'est-à-dire l'existence de biens de la même nature que l'immeuble donné. A l'aide de cette modification qui lui paraît exiger la combinaison des deux dispositions, l'auteur se range en partie au sentiment de Duranton et opte comme lui pour l'application simultanée des deux articles, quand le partage est incommode, le seul cas où d'après lui, il y ait difficulté. — Je n'ai pas besoin, je pense, de réfuter une opinion qui pour concilier les textes a recours à un moyen aussi radical que celui d'en effacer une partie. — Pour ma part, je suis con-

<sup>1</sup> Vernet, *op. cit.* p. 492.

<sup>2</sup> Toullier. *Le droit civil français suivant l'ordre de code*. M. Decr. XXX, t. V, n° 154. — Coin Delisle. *Donat. et test.* sur l'art. 924, n°2, p. 173.

vaincu, que les articles 866 et 924 prévoient deux cas différents d'une seule et même hypothèse. L'article 924 applique, à notre cas de réduction, les règles de rapport en moins prenant tandis que dans le cas de l'art. 866, en principe, la réduction doit se faire en nature. L'art. 866 ne dit point que dans le cas qu'il traite il y ait dans la succession des immeubles de même nature que les immeubles donnés, il déclare que le rapport de l'excédant se fait en nature, à moins de trop grandes difficultés. L'article 924 au contraire suppose qu'il y a dans la succession des biens de même nature que les biens donnés dont on peut faire, pour les cohéritiers, des lots égaux à la portion d'immeuble que retient le successible comme sa part dans la réserve : et de ce fait il tire cette conséquence que la réduction peut se faire en moins prenant d'après les principes de l'art. 859. Donc toutes les fois qu'il y aura lieu d'appliquer l'art. 924, qui permet d'après les règles, du rapport, la réduction en moins prenant, on excluera par là l'art. 866, qui règle la réduction en nature et réciproquement. Je conclus, par conséquent, que deux décisions rendues dans deux espèces différentes ne sauraient être contradictoires<sup>1</sup>.

L'art. 924, loin de venir à l'appui du système du cumul, se retourne au contraire contre lui, en fournissent un argument en faveur de l'opinion que j'ai adoptée : en effet je puis dire : puisque le texte précité, subordonne le droit exceptionnel de retenir le disponible et la part dans la réserve cumulés à deux conditions, à savoir, l'acceptation préalable du successible et l'existence,

<sup>1</sup> Voy. Demolombe, t. XIX, p. 605. — Laurent, t. XII, n° 194, p. 251.

dans la succession des biens de même nature que ceux qui ont été donnés, toutes les fois que ces deux conditions ne se trouveront pas réunies, la double rétention ne pourra être invoquée par un successible : or, lorsque celui-ci renonce, les deux conditions ne coexistent point, donc pas de possibilité de cumuler la quotité disponible et la part dans la réserve. Aussi M. Gab. Demante ne manque-t-il pas de reconnaître dans la rédaction de cet article, l'argument le plus puissant que l'on puisse faire valoir contre la doctrine du cumul<sup>1</sup>.

Enfin le système du cumul qui contrevient à toutes les dispositions fondamentales du Code et ajoute au texte de la loi, se condamne par ses propres résultats : c'est un encouragement funeste, une prime donnée à la répudiation des successions. Le successible renonce : il fait au défunt l'injure de ne pas vouloir être le continuateur de sa personne, il laisse des dettes non payées, sa mémoire est entachée, peut-être, et le voilà aussi avantagé que le donataire par préciput qui accepte la succession, plus avantagé même, car il n'aura pas à subir les charges héréditaires, ni les ennuis d'un partage. Prenons un exemple : Un père ayant deux enfants, dont l'un, donataire en avancement d'hoirie de 24,000 fr. meurt, après avoir subi des revers de fortune, en ne laissant que 6,000 fr. L'enfant donataire renonce : Eh bien, d'après le système du cumul voici comment les choses se passeront : la masse des biens formée d'après les prescriptions de l'art. 922, étant de 30,000 fr. la quotité disponible est de 10,000 fr. (art. 913), et la réserve, de 20,000 fr. Sur la libéralité qu'il a reçue, le renonçant gardera d'abord 10,000 le montant de la quotité dispo-

<sup>1</sup> Gab. Demante. *Revue critique*, t. II, p. 743.



nible, puis sa part dans la réserve 10,000, total 20,000, il ne subira qu'une réduction de 4,000. Cette somme réunie à celle de 6,000 fr. formera la réserve de l'enfant acceptant, de sorte que le renonçant aura les deux tiers, le double de l'enfant qui respectueux de la mémoire de son père l'aura honoré en venant de la succession ! Est-ce bien en harmonie avec la volonté du défunt qui, en définitive, n'a entendu faire qu'un avancement d'hoirie, que de permettre à l'enfant renonçant à se faire préciputaire sans clause de préciput, et réservataire, quoiqu'il ait renoncé ? Est-ce conforme à la loi que de mettre sur la même ligne le donataire en avancement d'hoirie et celui avec clause de dispense de rapport ? Le renonçant mérite-t-il enfin une aussi grande faveur ? Qu'il me soit permis de reproduire à cet égard un passage du remarquable réquisitoire du procureur général Dupin, qui a démontré en termes fort éloquents le peu de sympathie que doit inspirer l'enfant qui répudie l'hérédité de son auteur : « Je dis avec un sentiment profond : l'enfant renonçant qui vise au cumul, ce nourrisson de la jurisprudence qui l'adopte et le choie, en sa qualité d'enfant, pour l'enrichir aux dépens des autres, cet enfant n'est pas digne de l'intérêt qu'on lui porte et de la faveur qu'on prétend lui faire ! C'est un mauvais fils, c'est un mauvais frère ! On se trompe grandement si l'on s' imagine qu'en faisant un don par avancement d'hoirie, un père de famille veut nécessairement avantager celui de ses enfants qui en est l'objet. S'il le voulait ainsi, il devrait le dire expressément, comme l'art. 819 lui en fait une obligation. Mais non ! la pensée dominante des pères, l'espérance qu'ils embrassent avec le plus d'attendrissement en mariant et dotant leurs en-

fants, c'est de laisser après eux des successeurs, des héritiers de leur nom, des continuateurs de leur famille et de leur réputation. L'avancement d'hoirie, seul et sans autre clause implique l'idée d'acceptation de la succession ; c'est un à-compte anticipé sur la part qu'il aura dans l'hoirie comme héritier. Cette idée ne s'associe point avec celle d'une répudiation de la succession, il n'est pas de père, si on lui laissait prévoir la perspective d'une renonciation, qui n'en reçût une impression douloureuse de honte, de chagrin, de désespoir : « fils ingrat ! s'écrierait-il. Si par suite d'événements qu'on ne prévoit pas au jour de la donation, les affaires du père de famille se dérangent, si finalement des dettes surviennent, qui égalent ou surpassent les biens dans les bonnes familles, c'est le moment du désintéressement, c'est celui des sacrifices, et ceux qui s'en montrent capables sont sûrs de mériter l'estime et l'approbation publique. Mais sans aller si loin, il y a l'acceptation sous bénéfice d'inventaire qui offre un abri contre des poursuites trop vives et prévient la honte d'une renonciation qui livre la fortune et la réputation du défunt aux soins d'un curateur à succession vacante. Dans ces circonstances, un enfant doté qui pratiquerait la renonciation en vue de s'assurer des avantages au préjudice de ses frères ne mériterait que le blâme. Ce serait un mauvais frère<sup>1</sup> ! »

J'ai fini avec le système du cumul.

On se rappelle que le système du non cumul présente, lui aussi, un inconvénient consistant dans ce fait, que l'enfant gratifié peut par sa seule volonté, en renonçant à la succession, anéantir ou du moins restreindre les

<sup>1</sup> Voy. Sirey, 1863, p. 527.

donations que le père aura faites postérieurement à l'avancement d'hoirie, puisque cette libéralité devant s'imputer uniquement sur la quotité disponible, absorbe tout ou partie du disponible. Aussi a-t-on cherché à y remédier, et des auteurs fort distingués ont proposé à cet effet le système suivant qui forme le troisième sur les deux questions qui font l'objet de ce chapitre.

94. — III. *Système de l'imputation.* Ce système, désigné en doctrine sous le nom de *système de l'imputation* et soutenu par MM. Aubry et Rau<sup>1</sup>, Demante<sup>2</sup>, Pont<sup>3</sup> refuse au successible renonçant, dans ses rapports soit avec les réservataires acceptants, soit avec les donataires antérieurs, tout droit à une part quelconque dans la réserve : l'enfant qui renonce à la succession pour s'en tenir à la donation ne doit avoir ni plus, ni moins que n'aurait un donataire étranger. Jusqu'ici, pas de différence avec la théorie du non cumul. Mais où il en diffère profondément c'est sur la question de l'imputation. Suivant les partisans de ce système, la donation ne doit pas s'imputer uniquement sur la quotité disponible : elle doit s'imputer *d'abord* sur la réserve et *subsidièrement* sur la quotité disponible, mais sans jamais excéder les bornes qu'aurait eu la donation, si elle était faite à un étranger. « Lorsque, disent MM. Aubry et Rau, le successible donataire ou lé-

<sup>1</sup> Aubry et Rau. *Cours de dr. civ. franc.* t. VII, (1875), § 684 ter. p. 216, c. Note 39. Voy. aussi Aubry. *Avancement d'hoirie. — Renonciation à succession* dans la *Revue Pratique*, t. III, 1857, p. 184 et suiv.

<sup>2</sup> Demante. *Cours analytique*, t. IV, n° 42 bis, III, et suiv. p. 87.

<sup>3</sup> Pont. *De l'influence de la renonciation à la succession par un successible donataire en avancement d'hoirie sur la donation ultérieure du père de famille et sur le partage de la réserve entre les héritiers.* Dans la *Revue de législation et de jurisprudence*, t. II, [XVIII<sup>me</sup> de la collection. (juillet-décembre 1843)], p. 435, voy. p. 455.

gataire en avancement d'hoirie renonce à la succession, le don ou le legs s'impute, malgré cette renonciation, sur la réserve, mais jusqu'à concurrence seulement de la part que le successible y aurait eue s'il avait accepté la succession, l'excédant s'impute sur la quotité disponible. » Je vais exposer rapidement les arguments qu'on fait valoir en faveur de cette doctrine.

« Avant tout, dit-on, il importe de constater qu'il n'existe dans le Code civil aucun texte qui ait précisément en vue de déterminer quelles sont les donations imputables ou non imputables sur la quotité disponible, de sorte que c'est d'après l'esprit de la loi, recherché tant à la fois dans l'équité et dans les caractères juridiques de la donation en avancement d'hoirie que doit se décider notre question. Et en effet l'art. 845 dit bien que l'héritier qui renonce peut retenir le don entre vifs ou réclamer le legs à lui fait jusqu'à concurrence de la quotité disponible, mais il ne dit pas, comme on semble le supposer, qu'il peut retenir sur son don ou réclamer sur son legs la quotité disponible. L'expression *quotité disponible* qu'on lit dans ce texte a donc bien moins pour objet d'indiquer le caractère intrinsèque de la retenue que d'en déterminer la mesure et bien moins encore de décider la question de savoir si cette retenue s'imputera sur la quotité disponible ou sur la réserve. A défaut de texte c'est à l'équité, à l'équité juridique qui prend sa source dans l'inviolabilité des conventions, qu'il faut dès lors faire appel. Toute donation en avancement d'hoirie est faite sous conditions de rapport. Lorsque cette condition s'accomplit, c'est-à-dire lorsque le donataire accepte la succession du donateur et que le rapport s'effectue, aucune question d'imputation

ne s'élève puisque les biens donnés rentrant dans la masse héréditaire, comme s'ils n'en étaient jamais sortis, il n'y a pas plus lieu de les imputer sur la quotité disponible que sur la réserve. Ce n'est donc que quand le donataire renonce à la succession pour s'en tenir à son don et qu'au moyen de cette renonciation, il se soustrait à l'obligation du rapport pour une valeur égale à la quotité disponible que se présente la question de savoir si les biens par lui retenus s'imputeront ou non sur cette quotité. Or, du moment que c'est uniquement par le fait du donataire admis à se soustraire d'une manière unilatérale, à l'obligation du rapport, qui lui avait été contractuellement imposée que la question d'imputation se présente et l'équité ne permet pas de la résoudre au détriment du donateur et de son droit de disposition et s'oppose, par conséquent à ce que la retenue autorisée par l'article 843 soit imputée sur la quotité disponible. — La question de savoir, ajoute-t-on, si une libéralité est ou non imputable sur la quotité disponible se réduit en dernière analyse dans l'interrogation suivante : le défunt, en faisant telle ou telle disposition, a-t-il oui ou non diminué la masse héréditaire ? a-t-il oui ou non usé du droit que la loi lui reconnaît de disposer à titre gratuit d'une partie de son patrimoine ? Or s'il est évident d'après ce critérium qu'une donation faite soit à un étranger, soit par préciput à un successeur, doit s'imputer sur la quotité disponible, il n'est pas moins certain à l'inverse, qu'une donation en simple avancement d'hoirie n'est point imputable sur cette quotité puisqu'en faisant une pareille donation, dont il entend que la valeur soit réintégrée dans la masse héréditaire, le donateur ne diminue pas cette dernière et



conserve ainsi intact son droit de disposition. La donation en avancement d'hoirie envisagée en elle-même et au moment où elle est faite, revêt donc incontestablement le caractère de libéralité non imputable sur la quotité disponible. Ce n'est pas sans motif qu'on appelle *donation en avancement d'hoirie* celle qui est faite à un successible sans dispense de rapport. Ce nom indique qu'elle ne constitue qu'une remise anticipée de tout ou partie des valeurs que le donataire sera appelé à recueillir, en vertu de la loi, dans la succession *ab intestat* du donateur. Or, la succession *ab intestat* ne devant pas comprendre les biens dont ce dernier pourra disposer à titre gratuit dans la limite de la quotité disponible, il en résulte que d'après son caractère juridique l'avancement d'hoirie est destiné à être imputé sur la part du donataire dans la réserve. La renonciation ultérieure de celui-ci à la succession du donateur lui enlèverait-elle ce caractère ? Mais les principes généraux du Droit nous enseignent qu'un acte unilatéralement émané de l'une des parties, ne saurait priver l'autre des droits qu'elle a stipulés ou qu'elle s'est réservés par convention. Le donataire qui avait conservé malgré la donation faite en avancement d'hoirie, le droit de disposer de l'intégralité de la quotité disponible, n'a donc pu le perdre par la seule renonciation du donataire à sa succession. Ce qui prouve au surplus que le législateur a considéré la position du successible renonçant différente de celle d'un étranger et qu'il est parti de l'idée que les biens donnés ou légués au premier, conservent, malgré sa renonciation, le caractère de biens donnés en avancement d'hoirie, c'est la disposition de l'article 845 et la manière dont cet article est rédigé. Les expressions

*peut cependant retenir* dénotent évidemment une exception faite dans un esprit de faveur pour le successible renonçant et comme cette exception ne réside pas dans le montant de la retenue, puisque la quotité disponible est la même pour un successible que pour un étranger, il faut de toute nécessité qu'elle soit relative au droit même de retenir. Or, comment expliquer la nécessité ou l'utilité d'une disposition exceptionnelle et de faveur qui autorise le successible renonçant à retenir son don, à moins de supposer que sa renonciation ne le place *ipso facto* dans une condition absolument semblable à celle du donataire étranger et que les biens donnés ne perdent pas, par suite de cette renonciation, le caractère de biens donnés en avancement d'hoirie? — Enfin dit-on, le système de l'imputation sur la réserve avec limitation de la retenue à la mesure de la quotité disponible offre l'avantage de concilier les intérêts du successible établi et ceux du père de famille, puisque d'une part il assure à l'avancement d'hoirie tout l'effet dont serait susceptible une donation pure et simple, et que d'autre part, il ménage, dans une juste mesure, pour le père de famille, la faculté de disposer, dans laquelle réside pour lui l'exercice légitime du droit de récompenser et de punir. » — Voici les résultats auxquels conduit cette doctrine, en l'appliquant à l'espèce suivante : Une personne, ayant quatre enfants, laisse une succession dont le montant s'élève à 80,000 francs. Il a donné entre vifs à l'un de ses enfants 40,000 fr. et à institué un légataire pour 10,000 fr. L'enfant donataire renonce à la succession : La masse des biens étant 12,000 la quotité disponible est de 30,000 et la part de chaque enfant dans la réserve de 25,000 fr. La donation faite au suc-

cessible renonçant s'élevant à 40,000 fr. celui-ci doit d'abord subir une réduction de 10,000 qui excèdent le montant de la quotité disponible. Quant aux 30,000 fr. qu'il a droit de retenir dans la limite de la quotité disponible, en les imputant sur la réserve, le disponible ordinaire se trouvera libre et le legs pourra être exécuté. Faisons une autre espèce : Un père laisse une succession de 95,000 fr. un legs de 10,000 fr. et six enfants dont l'un donataire de 25,000 renonce à la succession paternelle. Le disponible étant de 30000 fr. et la réserve de chaque enfant de 15,000 fr. le renonçant conservera les 25,000 en imputant d'abord 15,000 fr. sur sa réserve et subsidiairement pour le surplus, c'est-à-dire pour 10,000 sur la quotité disponible, dont il restera 20,000 sur lequel s'exécutera le legs de 10,000 fr.

95. — Ce système d'imputation n'est point fondé. Prétendre comme le font MM. Aubry et Rau que l'art. 845 a pour objet, non indiquer le caractère intrinsèque de la retenue, mais d'en fixer la mesure, c'est en dénaturer profondément le véritable sens qui ressort pourtant avec la plus grande netteté, lorsqu'on rapproche l'art. 843 de l'art. 844. Que dit en effet ce dernier texte ? « Dans le cas même où les dons et legs auraient été faits par préciput ou avec dispense de rapport, l'héritier venant à partage ne peut les retenir que *jusqu'à concurrence de la quotité disponible*. » MM. Aubry et Rau et tout le monde convient que cet article prouve deux choses : 1° que l'héritier donataire venant à la succession ne peut garder son don que dans la limite de la quotité disponible ; 2° que cette libéralité doit s'imputer sur cette quotité même ; or, l'article 845 emploie des termes identiques : « l'héritier, qui renonce, peut cependant retenir le don

entre vifs ou réclamer le legs à lui fait, *jusqu'à concurrence de la portion disponible.* » Est-il permis de croire que le législateur se servant, dans deux textes intimement liés l'un à l'autre, d'expressions analogues, ne leur ait pas donné le même sens ? D'ailleurs Chabot de l'Allier, dans son rapport au Tribunat, assimilait, sous le double rapport de son caractère intrinsèque et de sa quotité, la retenue autorisée par l'art. 845 : « Le projet de loi, dit-il, autorise le donateur ou testateur à dispenser du rapport, mais seulement jusqu'à concurrence de la quotité qui était disponible de la part du donateur ou testateur..... Le projet de loi dispense formellement du rapport les donataires qui ne se trouvent pas successibles des donateurs au moment de l'ouverture des successions, et tous ceux qui ne viennent pas par représentation des donataires aux successions des donateurs. Mais cette dispense ne peut *toujours* avoir lieu que jusqu'à concurrence de la portion disponible. Ainsi l'héritier qui renonce à la succession peut retenir le don ou réclamer le legs jusqu'à concurrence de la portion disponible. » Si l'interprétation de MM. Aubry et Rau était vraie, il faudrait dire que le législateur s'est bien mal exprimé, qu'il ne connaissait pas la valeur exacte des mots, car il parle de quotité disponible et nous devons substituer à ce mot clair, son contraire *réserve* !

Dans ce système que je combats, on fait en outre appel à l'équité. Sans doute un bon législateur doit tenir le plus grand compte de l'équité dans les dispositions qu'il édicte, mais il n'appartient ni à l'interprète, ni au magistrat, chargé de les appliquer, alors même que les conséquences pratiques, qui en résultent, présenteraient quelque chose de fâcheux, de nier, au nom de

l'équité, une théorie légale et y substituer des principes arbitraires. — Quant à l'argumentation que les partisans de la doctrine de l'imputation fondent sur le caractère même de l'avancement d'hoirie, elle est impuissante à prouver que l'enfant gratifié qui renonce, retient autre chose que la quotité disponible. Elle suppose admis que l'avancement d'hoirie n'est pas une donation ou un legs véritable, mais n'est qu'une remise anticipée de la part que l'enfant est appelé à recueillir dans la succession de son père. Arrêtons-nous un instant sur ce point. La notion d'avancement d'hoirie fut empruntée au commentaire de Dumoulin sur la coutume de Paris. Je rappelle que le grand jurisconsulte distinguait la donation où la clause d'avancement d'hoirie était exprimée et celle qui dans le silence des parties était réputée faite en avance sur la succession. La première était subordonnée à la condition que le donataire serait l'héritier du donateur. Si le donataire ne devenait pas l'héritier du donateur soit qu'il ne le voulût pas, soit qu'il mourût avant ce dernier sans postérité, la donation était résolue. La libéralité était-elle non pas déclarée mais présumée faite en avancement d'hoirie? Si le donataire devenait l'héritier du donateur, elle rentrait par le rapport dans la masse ; si le donataire s'abstenait de l'hérédité du donateur, elle s'exécutait comme une donation ordinaire. La volonté du défunt réagissait sur le caractère de la libéralité. Ainsi Dumoulin n'admettait pas que l'on pût sans être héritier, retenir à titre héréditaire un avancement d'hoirie. Cette théorie fut repoussée par l'art. 307 de la coutume de Paris : « néanmoins où celui auquel on aurait donné se voudrait tenir à son don, faire le peut en s'abtenant de



l'hérédité, la légitime réservée aux autres. » Aussi n'est-ce pas cette distinction, imaginée par Dumoulin, que l'on a voulu introduire dans la législation actuelle, mais un système général sur l'avancement d'hoirie, appliquant à toutes les donations faites sans dispense de rapport, certaines conséquences que Dumoulin réservait seulement pour celles que le donateur avait faites expressément en avancement d'hoirie : — D'après les partisans du système de l'imputation, l'avancement d'hoirie serait un mode tout particulier de disposer à titre gratuit. Ce point de vue est inadmissible. Il n'existe dans le code aucun passage qui en fasse un mode particulier de disposition à titre gratuit ; jamais cette expression *avancement d'hoirie* n'y est employée. Les textes, au contraire, s'opposent manifestement à ce qu'on admette ce genre de libéralité : « On ne pourra, dit l'art. 833, disposer de ces biens à titre gratuit *que par donation entre vifs ou par testament*, dans les formes ci-après établies. » Il n'est pas loisible de disposer de la succession pour le temps actuel, mais pour le temps où l'on ne sera plus et encore c'est par testament et avec les formalités prescrites par la loi. Il n'est donc pas admissible qu'avant la mort du propriétaire, une succession s'ouvre par anticipation et que sa part héréditaire soit attribuée à un successible au moyen d'une donation entre vifs. Serait-il même permis de supposer une avance faite à l'héritier présomptif de sa part future dans une succession à venir, il ne la recevrait point comme sa part dans l'hérédité *ab intestat*, mais comme une libéralité ordinaire. L'hérédité *ab intestat* se compose de biens dont le défunt n'a pas disposé, du moins valablement ; toute disposition valable faite par lui entraîne,

pour les biens dont il a disposé, exclusion de la succession *ab intestat* : une disposition à titre gratuit, en vertu de laquelle, il attribuerait une part de la succession légitime comme telle, est donc impossible à concevoir. A l'admettre même, la remise anticipée ne devrait pas dépasser la part héréditaire du successible, et si cette part n'existait pas plus tard, par suite soit de la mort du donataire, soit de sa renonciation elle rentrerait dans la succession, même se trouvât-elle entre les mains de son acquéreur à titre gratuit ou onéreux. C'est ce que Dumoulin admettait pour les donations avec clause expresse d'avancement d'hoirie. » *Dicta causa expressa, si postea filices donatarius non velit esse hæres, resolvitur donatio tanquam causa finali non secuta et res revertitur ad corpus successionis.* » Mais aujourd'hui ces conséquences sont inadmissibles par suite du principe de l'irrévocabilité des donations et tout le monde les a rejetées. « Quand on parle d'une anticipation sur la succession, dit fort bien M. Machelard, on exprime seulement cet état de *fait* que le donataire acceptant aura été traité eu égard à l'émolument perçu, comme si la succession avait été ouverte au moment de la donation. *En droit*, il n'existe pas un titre pareil d'acquisition. On ne saurait prendre la succession d'un homme vivant ; si on reçoit à titre gratuit une portion de la fortune de quelqu'un qui n'est pas décédé, on est donataire<sup>1</sup> » — La loi ne reconnaissant que deux modes de disposer à titre gratuit, la donation entre vifs et le testament, la libéralité sans dispenser de rapport ne peut être qu'une véritable donation dont l'enfant gratifié est saisi actuellement et irrévocablement en vertu des articles 833 et

<sup>1</sup> Machelard, *op. et loc cit.* p. 97.

893 qui sont conçus en termes généraux, ne distinguent point par qui, ni au profit de qui, ni de quels biens la donation entre vifs a été faite. S'il accepte la succession du donateur, le don sera résolu et les biens reçus rentreront alors dans la succession ; s'il y renonce au contraire, il les gardera comme biens à lui transmis par donation entre vifs. il ne pourra les garder comme héritier puisqu'il n'est pas héritier, ni comme biens héréditaires, puisqu'ils sont sortis irrévocablement du patrimoine du donateur, mais il les conservera en qualité de simple donataire, et comme tel, il devra les imputer uniquement sur la quotité disponible.

Le système de l'imputation rencontre, en outre, une objection des plus fortes dans l'art. 785. Cod. civ. Pour pouvoir imputer un don ou un legs sur la réserve, il faut nécessairement être investi de la qualité d'héritier, puisque la réserve n'est autre chose que la succession elle-même dans sa portion indisponible ; or, le successeur qui renonce, est, aux termes de l'article 785, censé n'avoir jamais été héritier ; par conséquent il ne peut pas imputer son don ou legs sur la réserve. Cependant M. Demante a cherché à répondre à cette objection : « Mais, dit-il, la question est précisément de savoir si le principe général de l'art. 785 est applicable à celui qui ne renonce que pour s'en tenir à ce qu'il a reçu : et la négative sur ce point me paraît résulter de la rétention même que la loi lui accorde ; car lui permettre de retenir ce qu'il a reçu en avancement d'hoirie (par conséquent à titre héréditaire), c'est lui permettre virtuellement de conserver, dans cette limite, le titre d'héritier. » Ainsi, suivant ce savant auteur, l'article 785 ne pose pas un principe général, applicable dans tous les

cas ; il faut y sous-entendre une distinction : l'enfant qui renonce à la succession n'a-t-il rien reçu du vivant de son père ? Alors, oui, l'article 785 s'applique et l'enfant n'est plus qu'un étranger par rapport à la succession ; a-t-il, au contraire, reçu une libéralité de son auteur, alors, malgré sa renonciation, il conserve, dans une certaine limite, le titre d'héritier et l'art. 785 n'est point applicable. — Non seulement le principe élémentaire *ubi lex non distinguit, nos non debemus distinguere*, s'oppose à une pareille interprétation, mais encore l'historique de l'article 785 ne le permet guère. Je rappelle, en effet, que dans le projet Jacqueminot, au *Titre des Successions*, l'art. 78 portait : « l'héritier qui renonce *purement et simplement* est censé n'avoir jamais été héritier. Comme on aurait pu conclure de là que celui qui renonçait pour s'en tenir à son don devait être considéré, à certains points de vue, comme héritier, l'article 154 comparait le successible donataire renonçant à un étranger, afin précisément d'enlever tout doute sur le sens que le rédacteur du projet attachait à la disposition de l'article 78. — Le projet du Gouvernement simplifia les choses, il supprima dans l'art. 90 les mots *purement et simplement* et dans l'art. 160 la proposition : *ainsi qu'un étranger pourrait le faire*. Ainsi on le voit, la pensée du législateur a été de traiter celui qui renonce à la succession comme un étranger, sans se préoccuper du point de savoir si oui ou non il avait reçu quelque chose de son auteur. Dès lors la théorie de l'imputation devient *fantastique*, comme le disait le Procureur Général Dupin.

Si maintenant j'examine les résultats auxquels arrivent les partisans du système que je combats en ce moment, il m'est facile de démontrer qu'ils sont formellement en opposition avec les textes du Code civil. Ainsi

M. Demante prétend que, conformément aux anciens principes consacrés par l'article 34 de l'ordonnance de 17-31 le don retenu par le successible donataire, en tant qu'il est imputable sur sa part de réserve, ne pourra être atteint pour parfaire la part des autres héritiers et que ceux-ci ne trouvant pas leur part dans les biens laissés par le défunt devront agir en réduction contre les donataires même antérieurs à l'avancement d'hoirie<sup>1</sup>. — Mais cette solution viole manifestement l'art. 923 Code civil, qui sans distinguer si la donation a été faite à un étranger ou à un successible dispose « qu'il n'y aura jamais lieu à réduire la donation entre vifs, qu'après avoir épuisé la valeur de tous les biens compris dans les dispositions testamentaires, et lorsqu'il y aura lieu à cette réduction elle se fera en commençant par la dernière donation et ainsi de suite en remontant des dernières aux plus anciennes. Aussi MM. Aubry et Rau ont-ils reculé devant cette conséquence et décident-ils que si la quotité disponible avait été absorbée par des donations antérieures à celle du successible renonçant, cette dernière restera privée de tout effet. M. Demante continue : « Pareillement le legs fait au successible annonçant, me paraissant tout aussi bien que la donation imputable d'abord sur la part de réserve et pour le surplus seulement sur la quotité disponible, j'en conclus que dans cette mesure, il doit être acquitté par préférence, et qu'ils n'admettront le concours et la contribution avec les autres légataires que pour ce dont il excède la part de réserve. Par la même raison, je décide que dans la mesure de la part de réserve, le legs dont il s'agit ne sera point soumis à la caducité prononcée par

<sup>1</sup> Demante, *op. cit.* art. 924, p. 151, t. IV.



l'art. 925 et que si la quotité disponible est non seulement épuisée, mais excédée par des donations entre vifs, la réduction devra porter non sur le legs mais sur les donations. » Je suppose que le père de famille, après avoir fait une donation entre vifs à un étranger, a fait ensuite deux legs, l'un à un étranger, l'autre à l'un de ses enfants sans dispense de rapport et que la donation entre vifs et le legs fait à l'étranger absorbent la quotité disponible. M. Demante, en décidant que dans cette hypothèse, le legs fait à l'enfant sera acquitté par préférence, et que celui fait à l'étranger ne recevra aucune exécution, viole l'art. 926 ; aux termes duquel « lorsque les dispositions testamentaires excéderont, soit la quotité disponible, soit la portion de cette quotité qui resterait après avoir déduit la valeur des donations entre vifs, la réduction sera faite au marc le franc sans aucune distinction entre les legs universels et les legs particuliers » et j'ajoute, sans distinction entre les legs faits à des étrangers et ceux faits aux enfants du disposant. — Enfin pour le cas où la quotité disponible est excédée par des donations entre vifs, M. Demante décide que la réduction devra porter non sur le legs, mais sur les donations, solution qui viole un autre texte du Code civil, l'art. 925 : « Lorsque la valeur des donations entre vifs, porte-t-il, excédera ou égalera la quotité disponible, toutes les dispositions testamentaires seront caduques. »

Mais ce n'est pas tout. Supposons que la donation en avancement d'hoirie excède la portion disponible et que le père de famille ait fait des donations postérieures ou des legs : la donation première est réduite ; mais au profit de qui ? Nous rencontrons là une nouvelle dissi-

dence parmi les partisans de ce système. Suivant M. Demante, c'est aux héritiers réservataires acceptants qu'appartient exclusivement l'action en retranchement fondée sur l'art. 845. Il ajoute que les biens qu'ils en retireront, leur advenant à titre héréditaire, seront imputés sur leur réserve, et que si leur réserve est ainsi remplie, les donataires pourront, dans la limite de ce qui restera disponible, retenir les biens dont ils seront en possession ; comme pareillement les donataires de quantités non encore payées, et les légataires pourront obtenir, dans cette même limite, leur paiement sur les biens demeurés en nature dans la succession ; que si par suite des avancements d'hoirie, il ne se trouvait pas de biens en nature dans la succession, les donataires non payés et les légataires ne pourraient sous prétexte, qu'au moyen de l'action qu'ils ont les uns contre les autres, les héritiers obtiennent une valeur supérieure à leur réserve, exiger leur paiement sur les biens provenant du retranchement<sup>1</sup>. Ainsi, la renonciation de l'enfant gratifiée anéantira les libéralités postérieures faites à des étrangers et le père de famille n'aura pas eu la libre disposition de la quotité disponible ; en d'autres termes, dans notre hypothèse, le système que je combats, manque son but, puisqu'il arrive au même résultat que la théorie de l'imputation qui prescrit l'imputation du don fait au successible renonçant, uniquement sur la quotité disponible. Aussi MM. Aubry et Rau donnent-ils une autre solution : ils attribuent aux donataires postérieurs et aux légataires le reste des biens provenant de la réduction du don fait au renonçant, sauf bien entendu la réserve des autres enfants acceptants,

<sup>1</sup> Demante, *op. cit.* t. IV, n° 42, liv. V, p. 92.

car, disent-ils, par cela même que le défunt n'a antérieurement disposé qu'à titre d'avancement d'hoirie, il s'est conservé la faculté de faire des dispositions ultérieures ; par conséquent, si le bien retenu par le renonçant conserve le caractère d'avancement d'hoirie, c'est dans l'intérêt des donataires ou des légataires qui sont à cet égard les ayants cause du défunt. » Cette solution est évidemment inadmissible puisqu'elle est en contradiction flagrante avec l'art. 921 C. civ. qui défend aux donataires ou aux légataires de profiter de la réduction opérée sur les libéralités excédant la quotité disponible.

Coin Delisle, qui, dans son *Commentaire analytique de Code civil*, soutient le système de l'imputation, donne des solutions qui ne respectent pas davantage les textes du Code civil. Ainsi en supposant que l'avancement d'hoirie ait épuisé la quotité disponible et que le père de famille ait fait des donations postérieures ou des legs à des étrangers, cet auteur décide que ces dernières libéralités devront s'exécuter *in integrum* et que l'enfant donataire renonçant ne pourra retenir qu'une part égale à la réserve qu'il aurait eue s'il fût venu à la succession, et sera tenu de rapporter le surplus aux héritiers acceptants<sup>1</sup>. Mais cette solution viole d'abord l'art. 845 qui autorise l'enfant donataire renonçant à retenir le don jusqu'à concurrence de la quotité disponible, je ne vois pas pourquoi il lui en laisse seulement une fraction égale à sa part dans la réserve ? Ensuite elle ne respecte pas, quant à la réduction, l'ordre établi par l'art.

<sup>1</sup> Coin-Delisle. *Commentaire analytique du Code civil*. Liv. III, tit. II. *Donations et testaments*. Paris, 1841, p. 147, n° 13.

923, qui prescrit de réduire les libéralités, en commençant par la plus récente. Enfin, elle est incompatible avec le principe que Coin Delisle pose au début de l'exposition du système, à savoir, l'imputation du don d'abord sur la réserve et subsidiairement sur la quotité disponible.

De tout ce qui précède, je conclus que le système de l'imputation étant contraire aux principes et aux textes du Code civil, ne doit pas être suivi.

96. — IV. *Système de Marcadé*. Toujours dans le but de remédier à l'inconvénient que présente le système du non cumul, quant à l'imputation de la libéralité faite au successible renonçant, Marcadé a proposé le système suivant. Le savant auteur reconnaît, comme nous, que l'enfant qui renonce ne peut rien avoir dans la réserve ni par voie d'action, ni par voie d'exception; que les biens que celui-ci conserve à titre de donation doivent s'imputer uniquement sur la quotité disponible, la donation faite sans dispense de rapport à l'enfant renonçant devra être réduite avant de toucher aux autres dispositions émanées du père de famille, même avant de réduire les libéralités testamentaires. Ainsi supposons qu'un père, qui a 80,000 francs de fortune et quatre enfants, ait fait à l'un d'eux une donation de 15,000 francs en avancement d'hoirie et un legs de 20,000 francs à un étranger. L'enfant gratifié renonce : Dans le système de Marcadé, le don en avancement d'hoirie, ne devant, en cas de renonciation, s'imputer sur le disponible qu'après les autres libéralités faites par préciput ou à des étrangers et sur le disponible que celles-ci n'auraient pas épuisé, *l'enfant ne peut rien retenir*, attendu qu'il existe un légataire de toute la portion disponible. Si l'on

suppose, au contraire, que la libéralité postérieure faite à l'étranger, n'est que d'une partie du disponible, l'enfant pourra, en renonçant, prendre l'autre partie. « Il est vrai, dit Marcadé, que cette décision (la réduction des avancements d'hoirie avant les autres libéralités, même testamentaires), évidemment conforme à la pensée de la loi, paraît d'abord contraire à la *lettre* de l'article 923. Cet article, en effet, déclare qu'il n'y a jamais lieu à réduire les donations entre vifs qu'après avoir épuisé tous les legs et que la réduction des donations, quand elle est nécessaire, doit commencer par la dernière et remonter des plus récentes aux plus anciennes. Mais cette disposition ne peut pas nous arrêter, car, si on semble s'écarter ici du texte de l'article, ce n'est que pour mieux entrer dans son esprit. La règle, en effet se résume à dire que les libéralités dont l'ensemble dépasse le disponible doivent être réduites *par ordre de dates* en commençant par les dernières · c'est pour cela que les dispositions testamentaires, ayant toutes la même date (la mort du testateur) se réduisent toutes ensemble au marc le franc (art. 926) et qu'étant nécessairement postérieures aux dispositions entre vifs (puisqu'elles ne datent que du décès) elles doivent être réduites en entier avant qu'on ne touche à une seule donation. Or, l'avancement d'hoirie n'attribuant d'abord les biens au bénéficiaire, qu'à titre d'héritier, non à titre de donataire, et ne se transformant en donation que par la renonciation de cet héritier, c'est donc l'instant de cette renonciation (jusqu'à laquelle les biens ont été possédés comme héritier) que la disposition se trouve avoir pour date en tant que donation : or, la renonciation étant nécessairement postérieure au décès; c'est donc par les avancements



d'hoirie que la réduction doit commencer pour se faire par ordre de dates<sup>1</sup>.

97. — Quelque séduisant qu'il puisse paraître, je repousse sans hésiter ce système, comme étant contraire aux textes formels de la loi. Je ne saurais trop le répéter : le Code civil ne reconnaît que deux modes de disposition à titre gratuit : la donation entre vifs et le testament, mais n'en reconnaît pas une troisième : l'avancement d'hoirie. Si on reçoit à titre gratuit une portion de la fortune de quelqu'un qui n'est pas décédé, on est donataire. C'est sous les traits d'une véritable donation que se produit l'avancement d'hoirie : il est soumis à toutes les formalités qu'exige la loi pour les donations faites aux non successibles ; par suite, il doit être aussi soumis à toutes les règles qui régissent ces libéralités, puisque la loi ne distingue nulle part les avancements d'hoirie et les donations proprement dites ; donc les libéralités que reçoivent les successibles prennent date du jour de leur constitution, et dès lors elles doivent être réduites après les autres libéralités qui leur sont postérieures. — En outre, aux termes de l'article 785 l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier : d'où la conséquence que la donation qui a été faite à l'enfant renonçant doit être traitée de tous points comme une donation faite à un étranger et par suite, réduite à la date du jour où elle a été faite. Marcadé ne respecte donc pas davantage cet article. D'ailleurs sa doctrine est bien sévère, bien inique pour l'enfant renonçant, puisqu'elle ne lui permet pas de conserver la donation qu'il a reçue et qui forme peut-être tout son patrimoine,

<sup>1</sup> Marcadé, *op. cit.* t. IX, p. 615, n° IV. — Voy. aussi. *Revue critique de jurisprudence*, t. II, p. 273. F.

quoiqu'elle fût antérieure à toutes les autres libéralités. C'est ce qui a fait dire à M. Rodière « qu'il y a vraiment de quoi trembler pour quiconque écrit sur le droit quand on voit un auteur d'un incontestable talent, comme M. Marcadé, enseigner une doctrine aussi peu équitable<sup>1</sup>. »

M. Vavasseur propose un système à peu près analogue au précédent et qui se résume en ces deux propositions : 1° il ne doit pas y avoir cumul de la réserve et au disponible. 2° L'avancement d'hoirie doit s'imputer sur la portion disponible, mais seulement à la date du décès du donateur<sup>2</sup>. — Malgré ce correctif apporté à la doctrine de Marcadé, l'opinion de M. Vavasseur ne viole pas moins les articles 923 et 785 du Code civil.

98. — V. *Système de M. Rodière*. Le savant professeur de Toulouse reconnaît également que l'enfant renonçant ne peut rien garder de sa réserve, qu'en renonçant à la succession, il doit être traité absolument comme un étranger et que son don doit s'imputer en totalité et uniquement sur la quotité disponible ordinaire. Mais suivant lui — et c'est là le point nouveau — la part que le renonçant aurait, au cas d'acceptation, recueillie dans la réserve, devient disponible entre les mains du donateur qui doit dès lors pouvoir en disposer comme d'une délibation virtuelle du don qu'il a fait ; en d'autres termes, cette part de réserve doit être attribuée aux donataires et légataires postérieurs. Voici comment M. Rodière cherche à justifier sa solution : « La part d'enfant du renonçant doit profiter exclusivement aux

<sup>1</sup> *Revue de législation et de jurisprudence*, t. XXXVIII, 1850, p. 364.

<sup>2</sup> *Revue pratique de droit français*, t. V, p. 68. (année 1858).

réservataires, si elle rentre dans la succession par la seule volonté de la loi. Elle doit profiter aux préciputaires ou donataires postérieurs si elle y rentre par l'effet de la volonté du donateur. Or, que la réserve du renonçant rentre dans la succession par l'effet de la volonté du père de famille, c'est ce qui est évident pour nous comme la lumière du soleil, et ce qui ne peut manquer de l'être pour quiconque se donne la peine d'y réfléchir un instant. Le père, en effet, pouvait incontestablement assurer au donataire sa part dans la réserve, plus toute la quotité disponible, il lui eût donné cette quotité à titre de préciput. Si le donataire renonce à la succession pour s'en tenir à la portion disponible et s'il abandonne, à coup sûr à regret, sa part dans la réserve, c'est donc que le disposant lui force la main, car s'il avait reçu la donation à titre de préciput, il prendrait certainement l'une et l'autre. La réserve du renonçant rentre ainsi dans la masse, non point par l'effet d'un abandon spontané n'ayant d'autre cause que sa propre volonté, mais par l'effet de la volonté implicite, il est vrai, mais incontestable pourtant, du donateur, qui doit, par conséquent, pouvoir en disposer comme d'une délibération virtuelle du don qu'il a fait<sup>1</sup>. »

99. — Ce système est inacceptable. M. Rodière prend pour point de départ cette distinction, que si la part de réserve du renonçant rentre dans la succession par la volonté de la loi, elle doit profiter aux réservataires, que si, au contraire, elle y rentre par la volonté du donateur, elle doit profiter aux donataires ou légataires. Eh

<sup>1</sup> *Revue de législ. et de jurispr.* 1850, t. XXXVIII, p. 365. — Voy. aussi Duranton. *Cours de droit civil fr.* t. VII, n° 281-294, et t. XIX, n° 298-369.

bien, par cela même que le donataire acceptant ne tient sa part de réserve que du bienfait de la loi, par cela même aussi, lorsqu'il la perd en cas de renonciation, il n'en est privé que par la volonté du législateur qui en a subordonné l'attribution à l'acceptation de la succession : sa part de réserve ne peut donc être attribuée, même d'après la distinction de M. Rodière, exclusivement aux donataires et légataires. — En outre, ce qui caractérise la réserve, c'est l'indisponibilité (art. 913) ; le père ne peut en disposer par donation ou par legs, c'est la loi qui l'attribue elle-même aux successibles qui se portent héritiers ; or, dans le système de M. Rodière, la réserve devient disponible ! Un pareil résultat, qui répugne à la nature des choses, suffit pour rejeter l'opinion du savant professeur.

**100.** — Aucun des expédients proposés pour remédier à l'inconvénient qui résulterait quelquefois de l'application du système du non cumul n'est acceptable. S'il y a un remède, je crois qu'il est dans les mains du père lui-même, qui, sachant que par sa renonciation, l'enfant donataire peut transformer l'avancement d'hoirie en une donation imputable sur le disponible a le droit de frapper la donation qu'il lui fait d'une condition résolutoire pour le cas où il renoncerait à sa succession. L'inconvénient qu'on reproche au système du non cumul n'est donc pas aussi grand qu'on pourrait le croire d'abord, puisque le père, qui est censé connaître la loi, en est averti, et que s'il veut que les libéralités qu'il fera postérieurement à l'avancement d'hoirie, soient exécutées, il n'a qu'à insérer la condition que je viens de mentionner. A cet égard, M. Faustin Hélie s'est exprimé ainsi : « C'est au disposant à conjurer le péril, par sa

prévoyance. Il doit connaître la loi, il doit savoir la faculté d'option qu'elle laisse au donataire : il doit en prévoir et en régler les effets ; le législateur, exposant ces règles, ne peut empêcher qu'il en soit fait abus ; il a dû se fier à la prudence éclairée des pères qui doivent peser leurs ressources et leurs dispositions. »



## CHAPITRE TROISIÈME

### HISTOIRE DE LA JURISPRUDENCE SUR L'ÉTENDUE DU DROIT DE RÉTENTION DU RÉSERVATAIRE GRATIFIÉ QUI RENONCE A LA SUCCESSION

SOMMAIRE 101. Affaire *Laroque de Mons*. — Jugement du tribunal civil de Périgueux. — Arrêt de la Cour de Bordeaux. — Pourvoi en cassation. — Rapport du conseiller Porriquet. — Arrêt de la Cour de cassation consacrant le système du non cumul du 18 février 1818. — 102. Indication des arrêts des Cours d'appel qui adoptèrent ou qui repoussèrent le système du non cumul. — 103. Affaire *Mourgues*. — Jugement du tribunal de Montpellier. — Arrêt de la Cour de Montpellier. — Pourvoi en cassation. — Arrêt de la Cour Suprême du 11 avril 1829, en faveur de l'imputation du don sur la réserve. — 104. Affaire *de Castille*. — Jugement du tribunal d'Uzès. Arrêt de la Cour de Nîmes. — Pourvoi en cassation. — Arrêt de la Cour suprême du 24 mars 1834. — Renvoi de l'affaire devant la Cour d'Aix : arrêt. — 105. Causes du revirement de la jurisprudence de la Cour de cassation. — 106. Affaire *Leproust Navereau*. — Jugement du tribunal de Saint-Calais. — Arrêt de la Cour d'Angers. — Pourvoi en cassation. — Arrêt de la Cour suprême du 17 mai 1843, en faveur du cumul de la réserve et de la quotité disponible. — 107. Indication des arrêts des Cours d'Appel qui adoptèrent ou qui repoussèrent la nouvelle décision de la Cour de cassation. — 108. La Cour suprême statua dans le même sens dans l'affaire *Lecesne*, dans l'affaire *Vien*, dans l'affaire *Carlier*. — 109. Affaire *Lavialle*. — Jugement du tribunal d'Aurillac. — Arrêt de la Cour de Riom. — Pourvoi en cassation. — Cassation et renvoi de l'affaire devant la Cour de Bourges. — Pourvoi en

cassation. — Arrêt de la Cour suprême, chambres réunies du 27 novembre 1863 : retour aux principes proclamés dans l'arrêt *Laroque de Mons*.

101. — La question relative à l'étendue du droit de rétention du successible gratifié qui renonce à la succession, se présenta pour la première fois devant la Cour de cassation en 1818, quinze ans après la promulgation du Code civil. Ce n'est jamais, comme le remarque très bien Coin Delisle, dans les premières années d'une loi que s'élèvent les difficultés graves sur son exécution. Pendant longtemps encore les procès naissent des actes passés sous les lois précédentes : il y a bien quelquefois à apprécier la nouvelle législation, mais il faut du temps pour en apercevoir les difficultés.

M<sup>me</sup> Laroque de Mons, en mariant son fils aîné le 28 Messidor an XIII, lui avait fait donation entre vifs de tous ses biens immeubles et de ses reprises immobilières, sous la réserve de l'usufruit d'une certaine portion des biens compris dans la donation<sup>1</sup>. Le 2 décembre 1808, elle meurt en laissant six enfants ; cinq de ces derniers acceptent la succession maternelle. Pierre de Laroque y renonce et demande à conserver la quotité disponible plus une part d'enfant, c'est-à-dire un quart du tout, plus un sixième des trois quarts restants. Le tribunal civil de Périgueux fut saisi de l'affaire. Par jugement du 29 août 1814, il accorda à l'enfant donataire seulement le quart disponible, mais il lui refusa la portion de réserve réclamée par le motif « *que la donation n'avait pas été faite par préciput !* » Pierre de Laroque interjeta appel qui fut porté devant la Cour de Bordeaux. Il y soutint que tout don que fait l'auteur à son descendant est

<sup>1</sup> Voyez l'acte de donation dans *Sirey* 1818, 1, 99.

essentiellement précipitaire et que la quotité disponible pour un enfant est tout autre que celle pour un étranger. Mais la Cour par arrêt du 30 janvier 1816 confirma le jugement du tribunal de Périgueux par le motif que « l'étendue du droit de rétention de l'enfant renonçant était déterminée par l'art. 845 du Code civil et que les trois quarts réservés par la loi appartiennent aux enfants qui acceptent la succession, par l'effet de l'accroissement résultant de la renonciation du donataire. » Laroque de Mons se pourvut en cassation contre cet arrêt pour fausse appréciation des articles 785, 786, 845, 919 et 924 du Cod. civil. Le pourvoi fut admis. Le demandeur était représenté par M. Loiseau, les autres enfants par M. Sirey. Le conseiller Porriquet, chargé du rapport de cette affaire, posa la question unique qu'elle soulevait en termes fort nets : l'enfant donataire d'immeubles, dont la valeur excède la portion disponible, peut-il, lorsque les frères et sœurs exercent contre lui l'action en réduction, retenir, en renonçant à la succession non-seulement la portion dont il était permis au donateur de disposer, mais même ce qui excède cette portion disponible jusqu'à concurrence de la réserve légale à laquelle il aurait eu droit, s'il eût conservé la qualité d'héritier ? Dans son rapport, Porriquet développa avec un incomparable talent le système dont l'arrêt attaqué contenait les premiers rudiments. Il démontra jusqu'à l'évidence que ce n'est pas par les principes relatifs à la légitime que doivent être résolues les questions nées dans une législation différente, et que c'est par le Code civil et autant que possible par le Code seul et la combinaison de ses divers articles, sans mélange d'anciens principes plus ou moins analogues qu'il faut résoudre toutes les diffi-

cultés relatives à l'exercice du droit des héritiers auxquels le Code assure la succession de leur père et mère. M. Loiseau, pour soutenir la prétention du fils donataire invoqua, outre les textes du Code civil, les auteurs anciens et modernes, Ricard, Lebrun, Merlin, Chabot, et produisit une consultation de Proud'hon, professeur de droit civil à Dijon. M. Sirey, dans une argumentation serrée restreint la défense au dispositif de l'arrêt qui comportait une justification facile. — L'avocat général Cahier, s'appuyant sur les lois romaines, sur l'ordonnance de 1731, sur l'article 924 Code civil, soutint que la donation à un enfant d'une quotité disponible, contient essentiellement une portion de la part d'enfant cumulée avec la portion disponible ; qu'il n'y a, dès lors, ni à s'enquérir du préciput, ni à s'inquiéter de la renonciation. Et comme l'arrêt de Bordeaux avait refusé à Pierre Laroque de Mons le droit de retenir sa part dans la réserve, il concluait à la cassation de l'arrêt. Mais la Cour suprême rejeta le pourvoi.

« Considérant qu'il résulte de la combinaison et du rapprochement des divers articles du Code civil relatifs à la légitime des enfants et notamment des articles 785, 786, 843, 844, 858, 859, 913, 917, 920, 921, 924, 1004, 1006, 1009, etc., etc., que la loi divise en deux portions distinctes les biens des père et mère, laissant l'une à leur disposition, et réservant l'autre aux enfants pour leur légitime.

« Que la quotité de la première est invariablement fixée par le nombre des enfants existants au moment du décès du disposant ;

« Qu'elle est toujours la même, soit qu'il ait disposé à titre universel ou particulier, en faveur d'étrangers

ou de ses enfants, et en faveur de ceux-ci avec préciput ou hors part, ou sans dispense de rapport;

« Qu'elle est la seule chose dont il puisse avantager l'un de ses enfants en la lui donnant expressément par préciput et hors part;

« Qu'enfin, lorsque ces libéralités excèdent cette quotité disponible, elles sont sur la demande de ceux qui ont droit à la réserve sujettes à réduction ou à rapport et que cet excédant fait nécessairement partie de la succession réservée aux enfants pour leur légitime. »

Il en résulte, d'un autre côté, « que cette deuxième portion des biens des père et mère est assurée à tous les enfants collectivement et leur est donnée en qualités, pour être partagée entre eux également, ainsi que la portion disponible le serait si les père et mère n'en avaient pas disposé, ou n'en avaient disposé qu'au profit d'un ou de plusieurs enfants, sans les dispenser du rapport;

« Qu'à ce titre d'héritiers ils sont saisis collectivement de tous les biens et actions du défunt, et investis du droit de former contre tous les donataires, sans distinction, la demande en réduction des donations qui excèdent la portion disponible.

« Donc, ceux d'entre eux qui renoncent sont *censés n'avoir jamais été héritiers* et la part accroît à leurs cohéritiers pour leur tout, sans y distinguer la partie des biens existants en nature au jour du décès de celle comprise dans des donations faites à des étrangers ou aux enfants renonçants et sujettes à retranchement pour ce qui excède la portion disponible;

« En telle sorte que si l'un des enfants restait seul héritier, il aurait aussi seul droit à la totalité de la légi-



time ou réserve légale ; et que, si l'enfant veut renoncer pour s'en tenir à son don, il le peut, soit que le don lui ait été fait par préciput et sans dispense de rapport, à titre universel ou autrement, mais qu'alors et comme donataire, il ne peut jamais profiter que de la portion disponible.

« Ainsi, toutes ces dispositions du Code relative à la faculté donnée aux pères et mères de disposer d'une portion de leurs biens et à la nécessité pour les enfants d'être héritiers pour conserver leur part dans la réserve légale, qui par l'effet de la renonciation, accroîtrait pour le tout à leurs cohéritiers, sont claires, concordantes entre elles, et conçues en termes généraux qui n'admettent ni distinction, ni exception.

« En vain, pour éviter l'application, voudrait-on, en torturant les expressions de quelques-uns des articles du Code, prétendre que le législateur a permis aux enfants de prendre ou au moins de retenir une partie des biens de leur père et mère, autrement qu'à l'un des deux titres de donataire ou d'héritier.

« Cette faculté serait contraire au système général de la législation nouvelle, et n'est écrite nulle part.

« Elle ne résulte, quoiqu'on l'ait supposé ni de l'art. 921, qui interdit à la vérité aux donataires ou créanciers du défunt le droit de demander la réduction des donations entre vifs, mais qui ne dit pas que les enfants pourront partager la portion excédant la quotité disponible, sans être héritiers ;

« Ni de l'art. 924, qui, conformément au droit établi pour les rapports à faire entre cohéritiers par les articles 858 et 859, autorise le donataire successible à retenir sur les biens donnés sa part dans les biens in-

disponibles; mais qui, loin de l'y autoriser lorsqu'il cesse d'être héritier, ne lui donne cette faculté que s'il y a dans la succession des biens de même nature, ce qui signifie bien clairement, s'il vient à partage avec ses cohéritiers.

« En vain encore voudrait-on augmenter de ce qui aurait eu lieu si la succession de la dame de Mons avait été régie par les principes de la législation antérieure à la publication du Code civil.

« Car, s'il est vrai qu'alors, dans les pays même où il fallait être héritier pour demander la légitime (cout. de Paris), on décidait que l'enfant pouvait, en renonçant à la succession pour s'en tenir à son don, retenir sa légitime sur les biens dant il avait été saisi par la donation et conserver en outre tout ce qui excédait la légitime due à ses frères et sœurs :

« S'il devait, en effet, en être ainsi lorsque, d'un côté, la légitime étant considérée comme une dette, une prestation alimentaire due par les père et mère à leurs enfants, parce qu'on pouvait supposer qu'en leur faisant une donation, ils avaient eu pour but principal de se libérer de cette dette, de même que les enfants, en l'acceptant, avaient voulu sans doute l'imputer sur ce qui leur était dû; lorsque, d'un autre côté, la quotité dont il est permis de disposer, soit au profit d'étrangers, soit en faveur des enfants, n'étant pas limitée, la donation, à quelque somme qu'elle montât, n'était sujette à retranchement que jusqu'à concurrence de ce qui était nécessaire pour fournir à chacun des enfants sa légitime personnelle; lorsque enfin la légitime de l'enfant qui renonçait profitait au donataire univer-

sel et n'était pas dévolue par droit d'accroissement aux cohéritiers du renonçant.

« Néanmoins, les principes de cette ancienne législation sont évidemment inconciliables avec ceux du Code civil, qui, au lieu de ne donner à chacun des enfants pour sa légitime qu'une créance personnelle affectée sur les biens, leur donne à tous collectivement la succession tout entière, veut qu'ils n'y aient part qu'en qualité d'héritiers, et que s'ils renoncent à la succession pour s'en tenir à leur don, ce don reste fixé pour eux, comme pour les étrangers à la quotité déclarée disponible ; et qui par l'art. 845, bornant à cette quotité ce que l'enfant qui renonce à le droit de retenir, annonce bien clairement qu'il ne peut en même temps retenir aucune partie de la réserve légale. »

« Pour ces motifs rejette... etc. 18 fév. 1818<sup>1</sup>. »

Cet arrêt dont la sagesse et la profondeur jetaient l'habile arrêteste Sirey dans des transports d'admiration<sup>2</sup>, donnait quatre solutions que je crois parfaitement exactes : 1° Le réservataire renonçant perd son

<sup>1</sup> Sirey, 1818, 4, 108.

<sup>2</sup> « Depuis bien des années, la Cour de cassation n'a pas rendu un « arrêt aussi important, aussi remarquable par les principes, aussi « fécond dans ses conséquences, aussi imposant par l'étendue de la « force de ses combinaisons que l'arrêt dont nous allons rendre « compte. Que l'on examine les décisions des juges du fond, les plaidoiries en cassation, les consultations produites : combien tout cela « est vague, étroit, faible, en comparaison de cet admirable système « consacré, tout d'un jet, par la Cour régulatrice.... Il nous est doux « de voir que, sans nécessité pour la cause, et pour l'avantage d'offrir « à la jurisprudence un système complet, sur la matière, la Cour, « prenant un autre essor, se soit élevée à des notions générales, « puisées dans l'ensemble du texte (*lota lege perspecta*) et surtout « dans l'esprit constant et indubitable du législateur » (*Mens legis*). Sirey 1818, 4. 99.

droit absolu à la réserve. 2° Il ne peut retenir sur sa donation, une part dans la réserve. 3° Lorsque les libéralités excèdent la quotité disponible, l'excédant, sujet à réduction, fait nécessairement partie de la succession et c'est à titre d'héritiers que les enfants sont investis du droit de former la demande en réduction des donations excessives, 4° La donation de l'enfant renonçant s'impute sur le disponible. Mais il renfermait, à mon avis, un vice assez grave. L'arrêt de 1818 établissait en principe que, pour déterminer dans la succession d'une personne la quote part des biens formant le disponible (comme la moitié, le tiers, le quart), il faut tenir compte de tous les enfants existants au décès, même des renonçants ou de ceux déclarés indignes, et que la part délaissée dans la réserve par ceux qui renoncent accroît à ceux qui acceptent, de sorte que si par exemple le père a laissé trois enfants, dont deux ont renoncé à la succession paternelle, la réserve demeurera fixée au trois quarts, absolument comme si tous étaient venus à la succession et qu'ainsi le seul enfant acceptant obtiendra les trois quarts de l'hérédité, en qualité de réservataire unique. Pour ma part je crois que la loi n'a jamais entendu fixer le disponible et par suite la réserve qu'eu égard au nombre des enfants qui doivent profiter de cette réserve et figurer dans le partage des biens héréditaires. Je m'attacherai à démontrer ce point dans le chapitre suivant.

**102.** — Cet arrêt si conforme aux vrais principes, devait fixer et fixa réellement la jurisprudence pour longtemps, non pas cependant sans quelques dissidences. Dans le sens de l'arrêt Laroque du Mons, nous trou-

vons à une époque assez rapprochée de celle où il a été rendu les arrêts suivants : Toulouse, arrêt du 17 juin 1821. (La dame Lafontan contre les héritiers Renaud ;) Montpellier, arrêts du 16 décembre 1822; Riom, arrêt du 26 juin 1824; Grenoble, arrêt du 22 janvier 1827 (Champeau) et du 22 fév. 1827 (Gallois). Cependant dans ces deux derniers arrêts, nous ne trouvons plus déjà dans toute sa pureté la doctrine de l'arrêt de 1818. La Cour de Grenoble décidait « que le donataire à titre d'avancement d'hoirie, s'il n'est en concours avec aucun donataire préciputaire, et s'il renonce à la succession, doit retenir tout l'effet de la donation, jusqu'à concurrence de la quotité disponible. — Mais la retenue ne doit porter sur la quotité disponible qu'autant que sa portion de réserve est moindre que la quotité disponible : dans ce cas, il doit retenir d'abord sa portion dans la réserve légale, comme il l'eût fait à titre d'héritier, et y joindre, à titre de donataire, une quotité du don telle qu'en le joignant à sa portion de réserve, il se trouvera avoir l'équivalent de l'entière quotité disponible. » La Cour de Bastia faisait une distinction d'une nature différente : suivant elle, le don en avancement d'hoirie s'il est fait à titre de préciput ou avec dispense de rapport n'empêche aucunement le père de donner ultérieurement l'entière quotité disponible à titre de préciput. Mais si le père ne dispose pas ultérieurement de la quotité disponible à titre de préciput, le donataire en avancement d'hoirie, peut en renonçant à la succession, conserver le don jusqu'à concurrence de la quotité disponible. Toutefois, il ne le peut que pour autant que la quotité disponible est restée dans la succession. L'art. 845 ne s'étend pas au cas où le successible dona-



taire en avancement d'hoirie se trouverait en concours avec un donataire précipitaire de la quotité disponible. En pareil cas, la renonciation du donataire en avancement d'hoirie, sous condition de conserver le don, reste sans effet, comme étant fait sous condition impossible. Le donataire continue à être héritier et soumis aux charges de l'hérédité. (Voyez l'arrêt du 24 juillet 1827, affaire Arena contre Loti <sup>1</sup>.) — En sens contraire de l'arrêt Laroque de Mons, nous trouvons, à la même époque les arrêts suivants : Toulouse, 7 août 1820 (Chamayou <sup>2</sup>;) Paris, 31 juillet 1821 (Durrot, contre la dame Lelamarre <sup>3</sup>;) Toulouse 17 août 1821 (Rives <sup>4</sup>.) Tous déclarent que l'enfant donataire par avancement d'hoirie peut, outre la quotité disponible, réclamer sa part dans la réserve légale, bien qu'il renonce à la qualité d'héritier.

**193.** — Malgré les quelques arrêts que je viens de citer et qui, contrairement à la Cour suprême, se prononçaient en faveur du cumul de la réserve et de la quotité disponible, la jurisprudence de la Cour de Cassation de 1818 semblait bien établie, lorsque tout à coup on vit percer dans ses nouveaux arrêts, une certaine tendance, à modifier les conséquences naturelles des principes proclamés dans l'arrêt Laroque de Mons. Et voici dans quelles circonstances : Le sieur Mourgues, en mariant sa fille Elisabeth au sieur Bonnet en 1809, lui avait fait une donation de 20,000 fr. en avancement d'hoirie. En 1815, il légua par préciput, la portion dis-

<sup>1</sup> Sirey 1828, 2, 51.

<sup>2</sup> Sirey 1820, 2, 296.

<sup>3</sup> Sirey 1822, 2, 104.

<sup>4</sup> Sirey 1822, 2, 144.

ponible de ses biens à Ferdinand Mourgues, son fils. A sa mort, il laissa trois héritiers : Elisabeth, femme Bonnet, Ferdinand Mourgues et Angélique, mariée au sieur Jean-Jean, mais non dotée. Elisabeth renonça à la succession de son père pour s'en tenir à son don. Cette prétention ne fut point contredite par les deux autres enfants qui acceptèrent la succession paternelle et restèrent dans l'indivision jusqu'en 1825, époque à laquelle la dame Jean-Jean demanda le partage de l'hérédité de son père. Nulle difficulté sur les droits d'Elisabeth : elle ne voulait retenir la donation que jusqu'à concurrence de la quotité disponible et ne prétendait pas cumuler sa part de la réserve. Le procès s'élevait entre Ferdinand et Angélique. Le premier disait : « Je suis héritier précipitaire, donc chacune de mes sœurs n'a droit qu'à une réserve. Si Elisabeth a pris davantage par l'effet de son don, j'en subirai la conséquence, mais quant à Angélique, elle ne doit avoir que sa réserve. Il faut donc calculer cette réserve en réunissant fictivement à la masse les 20,000 fr. pris par Elisabeth, les prélever ensuite en faveur d'Elisabeth, et ce qui restera, m'appartiendra, soit pour ma réserve, soit pour le don précipitaire qui m'a été fait. Angélique, au contraire, soutenait avec beaucoup de raison que Ferdinand ne devait recueillir qu'une part héréditaire, puisque le don fait à sa sœur Elisabeth devant exclusivement porter sur la quotité disponible et l'épuisant, le legs fait à son frère était caduc ; que dès lors, ce qui restait de la succession paternelle devait être partagé en deux lots égaux entre elle et Ferdinand. L'affaire fut portée devant le tribunal civil de Montpellier, qui par jugement du 6 juillet 1826, adopta le système d'Angé-

lique Jean-Jean. Mais Ferdinand Mourges interjeta appel : et la Cour de Montpellier, infirma le 17 jan. 1828 le jugement de première instance « Réformant déclare que la donation en avancement d'hoirie faite à la dame Bonnet doit être imputée sur la part successive qui lui revient, comme enfant, dans la réserve, et que l'excédent de ladite donation, s'il y en a, doit être imputé sur la quotité disponible ; ordonne que cette quotité sera attribuée au-dit Ferdinand Mourgues en totalité si la donation n'excède pas la portion successive et pour tout ce qui restera de cette quotité, si elle l'excède, ordonne à cet effet <sup>1</sup>. » Ce n'est pas dans la loi même que la Cour de Montpellier avoue avoir trouvé la raison de décider ; bien au contraire : « S'il est vrai qu'il n'appartient qu'au législateur de peser les avantages et les inconvénients d'une loi à faire, et que le magistrat ne soit appelé qu'à l'appliquer, lorsqu'elle est faite, il est vrai aussi que lorsque l'intelligence de la loi présente des difficultés, il est du devoir du juge de remonter jusqu'aux vues qui l'ont inspirées, de consulter l'ensemble de ses dispositions, de prévoir les conséquences de ses interprétations diverses et de se décider pour celle qui lui paraît être le plus conforme à l'esprit de la loi et le plus digne de la sagesse du législateur. » Angélique Jean-Jean se pourvut en cassation pour violation de l'art. 845 et des art. 785 et 786. Mais la Chambre des Requêtes présidée par Favard de Sanglade, rejeta le pourvoi, sur le rapport du conseiller Pardessus, par arrêt du 11 août 1829 dont voici les termes :

« Attendu qu'il est constant que la constitution de dot

<sup>1</sup> Sirey, 1828, 2. 117 et 118.

faite par Mourgues à la dame Bonnet, sa fille, était en avancement d'hoirie ; attendu que l'avancement d'hoirie *n'est qu'une remise anticipée* de la part que l'enfant ainsi doté est appelé à recueillir dans la succession de son père, attendu que l'enfant qui accepte cette constitution dotale ne peut en changer ni la nature, ni la cause, ni les effets, et qu'elle est toujours imputable sur l'hoirie au moment de l'ouverture de la succession dont elle est une portion, puisqu'elle a été constituée à ce titre par l'auteur commun ; attendu que la renonciation à la qualité d'héritier faite par l'enfant doté en avancement d'hoirie n'est pas un acte déterminé et d'abandon pur et simple, que, si elle ne le prive pas du droit de conserver sa dot sans être obligé d'en faire le rapport effectif, ce n'est point un obstacle à ce que cette dot ne soit, à l'égard de l'hérédité, rapportable fictivement et imputable d'abord sur la part à laquelle la qualité d'enfant donnerait à celui qui a été doté droit dans la réserve légale et subsidiairement seulement sur la quotité dont le père avait la libre disposition ; attendu que, s'il en était autrement, il dépendrait toujours de l'enfant doté en avancement d'hoirie de rendre illusoires, par sa renonciation concertée, les dons que le père aurait faits de la portion disponible ; qu'ainsi en jugeant que la donation en avancement d'hoirie faite à la dame Bonnet devrait être imputée d'abord sur la part à laquelle sa qualité d'enfant lui donnait droit dans la réserve légale, et ensuite, dans le cas où la constitution dotale excéderait la part sur la quotité disponible, l'arrêt attaqué a concilié le texte et l'esprit des divers articles du Code invoqués, avec le respect dû à l'irrévocabilité des conventions, et au droit dont le père ne s'était pas

dépouillé de donner la portion disponible, rejette<sup>1</sup>. »

La cour de cassation fondait donc sa décision seulement sur le caractère de l'avancement d'hoirie, et sur l'inconvénient qui pouvait résulter, dans certains cas, de l'imputation de la libéralité uniquement sur la quotité disponible.

**104.** — La même question se présenta plus tard dans une autre affaire. Le comte de Castille, en mariant sa fille, M<sup>me</sup> Duroure, lui avait fait une donation de 100,000 fr. à prendre dans les biens qu'il laisserait à son décès. Le 23 oct. 1808, en contractant un second mariage avec la princesse de Rohan, il établit un majorat, au titre de baron<sup>2</sup>. En 1826 le comte mourut en laissant pour héritiers sept enfants. Il avait légué dans son testament, à son fils aîné, par préciput et hors part, le majorat érigé précédemment. M<sup>me</sup> Duroure renonça à la succession de son père pour s'en tenir à son don de 100,000 fr. Le baron de Castille (le fils), en qualité de légataire par préciput de son père, prétendit, que la donation en avancement d'hoirie faite à M<sup>me</sup> Duroure ne pouvait être retenue que jusqu'à concurrence de la part à laquelle la donataire aurait eu droit dans la réserve légale, si elle n'avait pas renoncé à la succession, et non jusqu'à concurrence de la quotité disponible, puisque le père donateur avait disposé de cette quotité. — Subsidiairement il soutint, que la donation en avancement d'hoirie devait être, dans tous les cas, prise d'abord sur la réserve légale de M<sup>me</sup> Duroure et n'être imputée sur la quotité disponible qu'autant qu'elle excéderait le montant de cette réserve. Le tribunal d'Uzès,

<sup>1</sup> Sirey 1829, 1, 297.

<sup>2</sup> Sirey 1823, 2, 114.



saisi de l'affaire, jugea que, la quotité disponible étant épuisée totalement par le majorat et par les dispositions testamentaires, M<sup>me</sup> Duroure ne pouvait retenir que la réserve légale sur la donation <sup>1</sup>. La Cour de Nîmes, présidée par le M. Cassaignoles infirma ce jugement par un arrêt très bien motivé du 19 août 1830 « en ce qu'il avait ordonné que le don fait à la dame Duroure serait retenu sur la réserve ; ordonnant, au contraire, qu'il serait exclusivement pris sur la quotité disponible, préférablement à toute libéralité postérieure, même à titre de préciput. » « Des dispositions aussi claires, aussi explicites que celles de la loi (Art 785, 786, 845), disait la Cour de Nîmes, doivent fermer la porte à toutes ces interprétations subtiles à l'aide desquelles, sous prétexte de chercher l'esprit de la loi, on donnerait à la faculté de disposer une extension que la loi lui a formellement déniée, et l'on mettrait la volonté des tribunaux à la place de la volonté du législateur <sup>2</sup>. »

Le baron de Castille se pourvut en cassation. A la suite du rapport fait par le conseiller Mestadier, la requête du demandeur fut admise à l'unanimité. Dans son rapport, le savant conseiller se prononçait pour l'imputation de la libéralité d'abord sur la réserve et subsidiairement sur la quotité disponible. Il semble bien, que suivant lui, l'enfant donataire qui renonçait à la succession, avait le droit de cumuler la réserve et le disponible, car dans un passage, il s'exprime ainsi : « Libre et sans engagement antérieur, il peut arriver que sans rien donner à titre de préciput, le père fasse à l'un de ses enfants, en avancement d'hoirie, un don qui

<sup>1</sup> Sirey 1831, 2, 318.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

excède la part de cet enfant dans la réserve. Venant à la succession, l'enfant rapporte tout, renonçant à la succession, l'enfant *retient le don jusqu'à concurrence de sa part dans la réserve et de la portion disponible* qui a été donnée de droit et de fait, sans être obligé, ni à un rapport, puisqu'il ne vient pas à la succession, ni à une réduction, car la réduction ou le retranchement ne peuvent avoir lieu que de ce qui excède la quotité disponible <sup>1</sup>. » La Cour, présidée par Portalis, cassa l'arrêt de la Cour de Nîmes, par arrêt du 24 mars 1834, ainsi conçu :

« La Cour. — Vu les art. 845 et 919 du Code civil ; — Attendu que la loi appelle en principe général tous les enfants à succéder à leur père par portions égales ; que néanmoins elle autorise le père à disposer d'une quotité déterminée de sa succession, soit en faveur d'un de ses enfants, soit en faveur des étrangers, sans toutefois que la réserve légale de l'enfant puisse jamais être entamée ; que, si toute disposition faite par un père en faveur d'un étranger doit être imputée sur la quotité disponible, puisque cet étranger n'a aucun droit à prétendre dans la succession du donateur, il en est autrement du don qu'un père fait à l'un de ses enfants ; — Qu'en effet, le père peut disposer en faveur de ses enfants, soit en avancement d'hoirie et en lui faisant remise et délégation anticipée de tout ou partie de sa portion dans la réserve légale, soit en lui donnant tout ou partie de la portion disponible ; — Que, le partage égal étant l'ordre de succession établi par la loi, tous les dons faits purement et simplement par le père à ses enfants sont réputés être faits en avancement d'hoirie. — Que le père n'est censé avoir disposé de la quotité

<sup>1</sup> Sirey 1833, 1, 117.

disponible qu'autant qu'il a fait connaître sa volonté d'une manière expresse et que cette volonté résulte manifestement de ses dispositions ;

« Que, dans toute autre supposition, le don en avancement d'hoirie sans clause de préciput ni dispense de rapport n'enlevant pas au père la faculté de disposer de la quotité disponible, il en résulte que, si depuis ce don le père a légué la quotité disponible par préciput à un autre enfant, le premier donataire peut bien renoncer à la succession paternelle, mais sa renonciation ne peut changer la nature du don qui lui a été fait, et n'a d'autre effet que de lui donner le droit de retenir ou de recevoir ce qui lui a été donné, d'abord en sa qualité d'enfant, qu'il ne peut ni perdre, ni abdiquer, sur la part qui lui aurait appartenu dans la réserve légale s'il n'eût pas renoncé, et subsidiairement, s'il y a lieu, sur la quotité disponible, afin que la réserve légale de ses frères et sœurs ne soit point entamée ; — Que c'est ce qui résulte de la combinaison de l'art. 845 du Code civil, placé au titre *Des rapports* et de l'art. 919 du même Code, au titre de la *Quotité disponible* et qui règlent spécialement la matière ;

« Que, dans l'espèce, la Cour royale de Nîmes a fait prévaloir sur la volonté du comte de Castille, manifestée dans son testament, la renonciation de la dame Duroure, sa fille ; — Qu'au lieu de se borner à maintenir celle-ci en l'intégralité du don qui lui avait été fait par son contrat de mariage, et de déclarer à cet effet que la valeur en serait perçue d'abord sur la partie de la réserve légale qui lui aurait appartenu si elle n'avait pas renoncé, et subsidiairement, en cas d'insuffisance, sur la quotité disponible, dont le comte de Castille avait ultérieure-

ment disposé, l'arrêt attaqué a décidé que les 100,000 fr. donnés à la dame Duroure par son contrat de mariage seraient exclusivement pris sur la quotité disponible, et que la portion héréditaire de cette donataire accroîtrait à ses frères et sœurs, en vertu de sa renonciation ; — Qu'en ce faisant, l'arrêt attaqué a ouvertement violé les dispositions de l'art. 949 du Code civil, et faussement appliqué celles de l'art. 845 ;

« Par ces motifs, casse....<sup>1</sup> »

Ainsi la Cour de cassation abandonna par les arrêts de 1829 et 1834 son ancienne doctrine et porta une première brèche à l'arrêt. Laroque de Mons, en prescrivant non plus comme en 1818 l'imputation de l'avancement d'hoirie uniquement sur la quotité disponible, mais tout d'abord sur la réserve et subsidiairement sur la portion disponible. Quoique la Cour Suprême n'eût pas, dans les affaires Mourgues et Castille, à décider expressément la question du cumul, puisqu'aucune difficulté, à cet égard, n'était élevée devant elle, cependant il me semble que déjà à cette époque elle inclinait vers le cumul de la réserve et de la quotité disponible, doctrine qu'elle ne consacra explicitement que plus tard, par un arrêt du 17 mai 1843, ainsi que nous allons le voir dans un instant. Ce qui me le fait penser, c'est le considérant suivant que je lis dans l'arrêt du 24 mars 1834: *la renonciation (de l'enfant donataire) ne peut changer la nature du don qui lui a été fait, et n'a d'autre effet que de lui donner le droit de retenir ou de recevoir ce qui lui a été donné, d'abord en sa qualité d'enfant qu'il ne peut ni perdre, ni abdiquer, sur la part qui lui aurait appartenu dans la réserve légale, s'il n'eût pas renoncé et sub-*

<sup>1</sup> Sirey 1834, 1, 145.

*sidiairement sur la quotité disponible, afin que la réserve légale de ses frères et sœurs ne soit pas entamée.* » La Cour de cassation y a trahi sa pensée. Aussi l'avocat général Hello dit-il plus tard « que l'arrêt du 24 mars 1834 avait tout changé, et M. Troplong déclare-t il que l'arrêt du 17 mai 1843 n'avait fait que continuer et élargir les voies ouvertes par l'arrêt Castille<sup>1</sup>. » M. Gab. Demante a exprimé, plus énergiquement, la même idée, en disant « que l'arrêt du 17 mai 1843 a été la consécration d'une jurisprudence, déjà établie<sup>2</sup>. »

105. — Quant aux causes du revirement dans la jurisprudence de la Cour de cassation, opéré en 1829 et 1834, j'en aperçois trois. Une première me paraît être l'arrêt Saint-Arroman, rendu le 8 juillet 1826. Je m'explique. Dans cet arrêt, qui eut pour objet de trancher affirmativement la difficulté qui s'était élevée sur le point de savoir si le donataire ou légataire pouvait exiger la réunion fictive à la masse des donations antérieures, faites aux successibles acceptants, non pour réduire ces donations, ni pour contraindre l'héritier à les rapporter aux donataires ou légataires postérieurs, mais à l'effet de fixer l'étendue de la quotité disponible, dans cet arrêt, dis-je, la Cour de cassation inséra dans un des considérants, une définition de l'avancement

<sup>1</sup> Troplong. *Donat. et Test.* t. II, p. 189.

<sup>2</sup> Gal. Demante. *Revue critique de jurisprudence*, 1852, t. II, p. 154. Voy. encore sur ce point : Valette *Mélanges de droit etc.* p. 273. — Ragon, *op. cit.* II, p. 229, note 1. — Coin Delisle. *Limite du droit de rétention*, p. 148. — Pont. dans *Revue de législation et de jurispr.* p. 456, 1843, t. II. — Saintespès Lescot. *Donat. et test.* t. II, p. 34. — Devilleneuve. *Note sur un arrêt de la Cour de Lyon* du 2 mars 1836, (Charreton, c. Boissieux). Sirey 1836, 2, 567, et sur l'arrêt Leproust, 1893, 1, 689, et arrêt Allimand, 1844, 2, 289.



d'hoirie . « *Ses avancements d'hoirie ne sont en réalité que des remises anticipées des parts que les donataires successeurs, doivent recueillir un jour dans la succession ; c'est ce qui fit que l'arrêt aboutit, par voie de conséquence, à faire imputer l'avancement d'hoirie de l'héritier qui accepte, d'abord sur sa part dans la réserve et subsidiairement sur la quotité disponible. Une fois la nature de l'avancement d'hoirie établi, un changement s'imposait à la Cour suprême dans sa jurisprudence de 1818, car prescrire désormais l'imputation de cette libéralité sur le disponible, en cas de renonciation, c'eût été admettre que l'enfant héritier pouvait dénaturer le caractère de l'avancement d'hoirie par son propre fait, que la nature de cette donation dépendait du parti qu'il prendrait sur l'acceptation ou la répudiation de l'hérédité, ce qui était évidemment impossible. Dès l'instant que le don reçu par un successeur du vivant du donateur n'est qu'une remise anticipée de sa part héréditaire peu importe, que le bénéficiaire accepte ou renonce à la succession ; dans un cas comme dans un autre, la nature assignée à cette libéralité exige qu'elle soit imputée sur la réserve d'abord. Aussi la Cour de cassation devait-elle, à moins de manquer de logique, abandonner sa doctrine sur l'imputation, consacrée dans l'arrêt Laroque de Mons, et décider que la donation reçue par l'enfant renonçant serait considérée, dans les rapports des enfants acceptants et des donataires et légataires postérieurs du défunt comme imputable sur la part de réserve que le renonçant aurait eue s'il avait accepté la succession. — Une seconde cause du revirement signalée fut l'inconvénient que présentait la jurisprudence de 1818, lorsque le père ayant donné à l'un de ses succes-*

sibles une portion de biens en avancement d'hoirie, avait fait ultérieurement des libéralités à des étrangers dans la limite de la quotité disponible. On avait vu des enfants donataires sans dispense de rapport renoncer à la succession, pour retenir, à titre de quotité disponible, les biens qu'ils avaient reçus et ce, contrairement à l'intention évidente du donateur; de sorte que la quotité disponible étant épuisée par suite de cette rétention, les legs ou les donations postérieurement faits par l'ascendant se trouvaient réduits à néant. La Cour de cassation crut trouver le moyen de parer à ce résultat, que l'on qualifiait d'abus et de fraude, en prescrivant à l'enfant renonçant d'imputer son don sur la réserve d'abord. — Une troisième cause fut le principe que l'arrêt Laroque de Mons posait, à savoir que le renonçant doit compter pour la fixation de la quotité disponible, (ce qui était indifférent dans l'affaire alors jugée, puisqu'il y avait plus de trois enfants). « Dites, écrit M. Valette, que l'existence du renonçant fait croître la réserve, et bientôt vous direz que le renonçant prend part à la réserve. Telle est la logique du bon sens et l'esprit humain se glisse invisiblement sur cette pente<sup>1</sup>. »

L'affaire Castille fut renvoyée devant la Cour d'Aix, qui, statuant comme la Cour de cassation, infirma le jugement du tribunal d'Uzès et décida par arrêt du 13 fév. 1835 que M<sup>me</sup> Duroure retiendrait le don de 100,000 fr. jusqu'à concurrence de la portion disponible, en l'imputant d'abord sur la part de réserve et puis sur le disponible, et que le reste de la quotité disponible appartiendrait au baron de Castille<sup>2</sup>. Mais dans cet ar-

<sup>1</sup> Valette. *Mélanges*, p. 271, n° 1.

<sup>2</sup> Sirey 1835, 2, 265.

rêt, la Cour passait incidemment le principe du non cumul : « Attendu que l'art. 845 Code Civil n'a d'autre but que de limiter les droits de l'enfant qui renonce, et qui a à réclamer un don en avancement d'hoirie, qu'en effet il est rationnel que ce donataire ne puisse l'excéder, puisque c'est la borne que la loi établit à la libéralité de tout père de famille etc. »

**106.** — Ce n'est qu'en 1843, le 17 Mai, que la Cour suprême dans l'arrêt Leproust Navereau, a franchement décidé que le donataire renonçant pourrait retenir à la fois sa part dans la réserve et de plus, la quotité disponible. — La veuve Leproust Navereau avait fait à chacun de ses deux enfants, Louis et Clément, un avancement d'hoirie de 950 fr. Elle meurt et laisse quatre enfants. Sur la demande en rapport, formée par les autres enfants Leproust, Louis déclara renoncer à la succession de sa mère pour s'en tenir à la donation qui lui avait été faite jusqu'à concurrence de sa réserve et de la quotité disponible. Clément qui était, paraît-il, insolvable, ne répondit pas et fit défaut<sup>1</sup>. Un premier jugement du tribunal de Saint-Calais renvoya les parties devant un notaire pour procéder à la liquidation de la succession. Les parties revinrent devant le tribunal, qui, sur la prétention de Louis Clément au cumul de la quotité disponible et de la réserve, statua conformément aux principes proclamés dans l'arrêt Laroque de Mons, par jugement du 11 Mai 1834. Louis Leproust interjeta appel. Coin Delisle fait observer « qu'il ne s'est pas trouvé à Angers un avoué assez désintéressé pour faire remarquer que l'action en réduction d'une donation mobilière ne s'élevant pas à 1500 fr. était une action personnelle et

<sup>1</sup> Coin Delisle dit qu'ils renoncèrent tous deux. *Limite*, p. 152.

de dernier ressort <sup>1</sup>. » Devant la Cour d'Angers, saisie de l'affaire, le demandeur, qui tout en reproduisant ses prétentions sur sa réserve légale, conclut à ce que la donation en avancement d'hoirie faite à son frère Clément fût rapportée fictivement à la masse de la succession pour déterminer la quotité disponible. La Cour confirma le jugement du tribunal de première instance et déclara Leproust mal fondé dans ses prétentions. — Pourvoi en cassation fondé sur deux moyens : 1<sup>o</sup> moyen : violation de l'art. 845, C. Civil, en ce que la Cour a décidé que l'héritier qui renonce pour s'en tenir à la donation à lui faite, ne peut retenir cette donation que jusqu'à concurrence de la quotité disponible et non jusqu'à concurrence de la quotité disponible et de la réserve cumulées. Le demandeur soutint que la jurisprudence de 1818 avait été détruite en 1834 par l'arrêt de Castille. 2<sup>o</sup> moyen : violation des articles 913 et 922 Code civil et fausse application de l'art. 857 du même Code en ce que l'arrêt attaqué avait refusé d'ordonner le rapport fictif de la donation faite à Clément Leproust. — Les défendeurs n'essayèrent point de combattre en point de droit le système du pourvoi; ils cherchèrent seulement à démontrer par des calculs, que le demandeur était sans intérêt. L'avocat général Hello conclut à la cassation sur les deux moyens : « Le don fait à un successible, sans dispense de rapport, est-il imputable sur la quotité disponible seulement, au cas de renonciation à la succession, ou bien l'est-il d'abord sur la réserve légale et subsidiairement sur la quotité disponible? Cette grande question a partagé les auteurs et les tribunaux,

<sup>1</sup> *Ibidem.*

elle a partagé même la Cour qui a changé à cet égard sa jurisprudence. Un premier arrêt du 18 fév. 1818 (affaire Laroque de Mons) avait décidé que la réserve légale faisait partie de la succession et que pour y avoir droit, il fallait être héritier ; qu'en conséquence, quand le successible renonçait, il ne pouvait imputer le don que sur la portion disponible et non sur la réserve. Mais un autre arrêt du 24 mars 1834 (affaire Castille) a tout changé : d'après lui le don fait au successible n'est pas fait à l'héritier, mais à l'enfant, et lorsque celui-ci renonce, il impute la chose donnée, d'abord sur la réserve à valoir de laquelle a été fait l'avancement d'hoirie, et subsidiairement sur la portion disponible : il procède ainsi, non par voie d'action, en demandant, mais par voie d'exception *en retenant*. Cet arrêt a fixé la jurisprudence. Or, l'arrêt attaqué a jugé le contraire. » — Quant au second moyen il suffisait à lui seul pour entraîner la cassation de l'arrêt, car il violait le principe que la Cour suprême avait posé dans l'arrêt Saint-Arroman. — Sur le rapport du conseiller Chardel, la cour de cassation casse en effet l'arrêt de la cour d'Angers : « Attendu que le père de famille ne peut entamer la réserve légale au préjudice de ses enfants ; que s'il a disposé en faveur de l'un d'eux, la renonciation de celui-ci à la succession paternelle pour s'en tenir à la donation par lui faite n'a d'autre résultat que de lui donner le droit de retenir dans les limites de la loi ce qui lui a été donné ; mais que par là, il n'abdique pas sa part dans la réserve légale, à laquelle sa qualité d'enfant lui donne droit ; que cela résulte de la combinaison des articles 845 et 919 du Code Civil ; d'où il suit qu'en décidant que l'enfant donataire qui renonce à la succession paternelle perd sa légitime parce qu'il



n'est plus héritier, l'arrêt attaqué a violé les lois précitées ; Casse, etc<sup>1</sup>.

La cour de cassation prétendait que le cumul résultait de la combinaison des articles 845 et 919, Code civil. Mais il est regrettable qu'elle n'ait pas jugé à propos de montrer comment la combinaison des articles précités pouvait produire le résultat logique que son arrêt se contentait d'alléguer. L'art. 919 n'est que la suite, en quelque sorte, de l'art. 844 qui pose le principe que le successible gratifié ne peut rien conserver de la libéralité reçue, s'il accepte la succession du donateur. Le but de l'art. 919 a été d'une part de permettre de faire un préciput à un héritier venant à la succession ; d'autre part d'indiquer comment ce préciput peut être constitué. Cet article ne dit pas un mot du renonçant ; il est donc arbitraire d'en tirer un argument pour lui permettre de cumuler le disponible avec sa part dans la réserve, car il a statué sur le cas opposé à l'art. 845. Dans l'art. 919, il est question du don par préciput fait à un enfant *qui accepte* ; dans l'art. 845, du don en avancement d'hoirie fait à un enfant qui renonce !

« Dire quel étonnement général excita cet arrêt, écrit M. Moulin, quel cri universel de réprobation l'accueillit, serait presque impossible ; il faut lire les revues, les recueils et les journaux judiciaires de l'époque, pour se faire une juste idée des plaintes, des récriminations et des attaques qui s'élevèrent de toutes parts<sup>2</sup>. » Marcadé le regarde « comme un triste et malheureux arrêt. » M. Valette dit « que ce résultat heurte de front une foule

<sup>1</sup> Je ne reproduis que la partie relative au cumul. Voy. Sirey 1843, 1, 690.

<sup>2</sup> *Le droit*. Journal des tribunaux du 30 mars 1853.

de dispositions du Code, desquelles il résulte que la réserve n'est autre chose qu'une portion de la succession. Tout devient dans la loi obscur et contradictoire, et il est dès lors impossible à l'interprète le plus habile d'exposer sur la matière de la réserve un système intelligible<sup>1</sup>. « Quiconque s'intéresse à la séance du droit, s'écrie Duvergier, et s'honore du titre de jurisconsulte doit s'élever contre cette décision : il faut que la Cour de cassation sache que son arrêt a été cassé par l'opinion publique<sup>2</sup>. » Enfin cet arrêt paraissait si étrange à Devilleneuve, que tout en le transcrivant, il avait peine à y croire : « Plus d'une fois, dit-il, nous nous sommes demandé, en posant le sommaire de l'arrêt, si c'était bien là ce que la Cour de cassation avait entendu juger, si elle avait voulu renverser ainsi d'un mot, et presque sans discussion, la jurisprudence qu'elle avait établie par l'un de ses plus célèbres arrêts, l'arrêt Laroque de Mons<sup>3</sup>. »

107. — La nouvelle décision de la Cour de cassation fut reproduite par la Cour de Lyon, dans les arrêts du 22 juin 1843 (Allimand contre Guinet<sup>4</sup>) et du 13 juin 1844 (Sandelion contre Dubief<sup>5</sup>) ; par la Cour de Montpellier dans un arrêt du 14 mai 1845<sup>6</sup> ; par la Cour de Pa-

<sup>1</sup> Compte-rendu sur l'ouvrage de M. Duranton : *Cours de droit français, suivant le code civil*. Dans la *Revue de droit français et étranger*, t. I, 1844, p. 630.

<sup>2</sup> Gazette des Tribunaux du 19 oct. 1844, 4<sup>me</sup> page, 3 col. in medio. — Voy. aussi Lagrange. *Revue de droit fr. et étranger*, t. I, 1843, p. 109. — Pont. *Revue de législation et de jurisprudence*, 1848, t. II, p. 435.

<sup>3</sup> Devilleneuve, 1843, 1, 689.

<sup>4</sup> Sirey 1844, 2, 287.

<sup>5</sup> Sirey 1845, 2, 551.

<sup>6</sup> Sirey 1845, 2, 550. La Cour déclare « *qu'il est constant en droit* » que le donataire renonçant peut cumuler la quotité disponible et la réserve !

ris dans un arrêt du 3 février 1846. (Lecoq contre les dames Fernaux-Compans, Rutty et Geoffroy<sup>1</sup>.) — Cependant la Cour de Rouen (10 mars 1844, Dubose contre Cœur de Roy<sup>2</sup>); de Grenoble (4 août 1845, affaire Vien<sup>3</sup>, de Caen (4 août 1845 Hervieu Duclos contre Lecesne<sup>4</sup>), de Dijon (20 déc. 1845 affaire héritiers Jannin<sup>5</sup>), résistèrent à la nouvelle jurisprudence de la Cour suprême, en appliquant la doctrine de l'arrêt du 18 février 1818. Laroque de Mons.

**108.** — A partir de l'arrêt Leproust Navereau, la Cour de cassation eut à se prononcer plusieurs fois sur la question du cumul et elle resta fidèle à sa dernière jurisprudence.

1<sup>o</sup> Affaire *Lecesne*. Hervieu Duclos en mariant sa fille à Lecesne, lui donna par contrat de mariage à titre d'avancement d'hoirie, un trousseau évalué à 10,000 fr. et une rente viagère de 1500 fr. au capital de 30,000 fr. commençant à courir du jour de la célébration du mariage. Bientôt après, Hervieu Duclos, étant tombé en faillite, fit avec ses créanciers un concordat dont l'une des conditions fut la renonciation de l'époux Lecesne à la rente de 1500 fr. Le donateur venant à décéder, la dame Lecesne renonça à la succession paternelle pour garder son don jusqu'à concurrence de sa réserve et de la quotité disponible cumulés. Trois autres enfants qui acceptèrent prétendirent qu'elle ne pouvait retenir que la portion disponible. Sur quoi le tribunal de Caen rendit

<sup>1</sup> Sirey 1846, 2, 62.

<sup>2</sup> Sirey 1845, 2, 242.

<sup>3</sup> Sirey 1845, 2, 551.

<sup>4</sup> Sirey 1846, 2, 56.

<sup>5</sup> Sirey 1846, 2, 59.

le 14 février 1844 un jugement favorable aux prétentions du donataire et la Cour de Caen le 4 août 1845, un arrêt<sup>1</sup> donnant gain de cause aux héritiers Hervieu Duclos. Pourvoi en cassation par la dame Lecesne, dont les adversaires firent défaut devant la Cour de cassation, qui, au rapport du conseiller Miller, cassa l'arrêt de la Cour de Caen dans les termes suivants :

« Vu les articles 843, 845, 919, 921, 922. Cod. civil, attendu qu'aux termes de l'art. 845 Cod. civil, l'héritier qui renonce à la succession peut retenir le don jusqu'à concurrence de la quotité disponible ; que la portion disponible, laquelle, d'après l'art. 919 du même Code, peut être donnée aux enfants du donateur, est tout ce que la loi ne réserve pas à ses héritiers ; attendu que le droit de demander la réduction des dispositions à titre gratuit, consacré par l'art. 921 du même Code en faveur de ceux aux profit desquels la loi fait la réserve, a pour but d'assurer à chacun de ceux-ci sa part dans la dite réserve, laquelle aux termes de l'art. 913 du même Code, en cas de succession directe descendante, est fixée d'après le nombre des enfants du donateur existants au jour du décès ; attendu qu'il ne s'agit pas d'attribuer à la demanderesse, qui a renoncé à la succession de son père, le droit de prendre sa réserve sur les biens de la succession, dans laquelle la dite demanderesse ne réclame rien ; que, si, aux termes de l'art. 786 du Code civil, la part du renonçant accroît à ses cohéritiers, c'est seulement la part du renonçant dans la succession ; que le bien donné n'est pas dans la succession, qu'il ne doit y être fictivement réuni que pour déterminer et assurer la part de chacun dans la réserve ; que

<sup>1</sup> Sirey 2, 56.

l'enfant donataire qui renonce à la succession de son père donateur n'est pas tenu de subir la réduction d'une donation irrévocable de sa nature, pour faire profiter de cette réduction les héritiers de son père au-delà de leur part dans la réserve légale ;.... d'où il suit qu'en décidant que la demanderesse ne pourra, sur les avantages à elles faits, retenir son quart dans la réserve, l'arrêt attaqué « faussement appliqué les articles 786 et 845 du Code civil, et expressément violé tant ce dernier article que les articles 919 et 921 du même Code <sup>1</sup>. »

Comme on le voit, la Cour de cassation fonde sa décision sur ce que la donation faite à l'enfant est de sa nature irrévocable. Ceci est absolument inexact. Loin d'être irrévocable comme la donation faite à un étranger, comme la donation faite par préciput à l'un des successibles, la donation en avancement d'hoirie est soumise *ab initio* à une résolution nécessaire, au rapport ; et ce rapport devrait toujours être effectué même en cas de renonciation, si l'art. 845 ne venait permettre au donataire renonçant de retenir son don jusqu'à concurrence de la quotité disponible. Loin donc d'être un titre irrévocable, la donation en avancement d'hoirie est de sa nature un titre résoluble, et ce n'est que par une exception introduite en sa faveur que le renonçant, gratifié, peut retenir le don à lui fait ; dans une certaine limite.

2<sup>e</sup> Affaire *Vien*. Le sieur Bertrand avait constitué en dot à sa fille 5,000 fr. et lui avait, en outre, donné entre vifs, certains immeubles sans dispense de rapport ; puis il avait légué par préciput et hors part à son fils ce dont la loi lui permettait de disposer, obligeant expres-

<sup>1</sup> Sirey 1846, 1, 829.



sément au rapport sa fille pour les deux libéralités qu'il lui avait faites. Il meurt laissant pour héritier sa fille et son fils. Peu de temps après sa fille décède sans avoir pris qualité : elle avait institué son mari, le sieur Vien, légataire universel. Celui-ci renonce à la succession de son beau-père et prétend retenir les deux tiers de sa succession, un tiers comme représentant la réserve légale de sa femme, un autre tiers, représentant la quotité disponible. Cette prétention ne fut admise ni par le tribunal de Nyons (10 janvier 1844<sup>1</sup>), ni par la Cour de Grenoble (4 août 1845<sup>2</sup>.) Mais la Cour de cassation fidèle à sa jurisprudence de 1843, autorisa le sieur Vien, par arrêt du 21 juin 1848, à retenir la réserve et la portion disponible, et réduisit le fils légataire de la quotité disponible à la réserve légale.

« Attendu, dit la Cour, que du principe écrit dans l'art. 785 du Code civil, que l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier, résultent deux conséquences : la première, reconnue par l'art. 786, que la part des biens que la loi attribuait en renonçant accroît d'autant la part des héritiers qui acceptent ; la deuxième, consacrée dans l'art. 845, 919, 921, combinés, que si le renonçant a reçu des biens par donation entre vifs, son droit de rétention sur lesdits biens s'étend jusqu'à concurrence de la valeur qui n'est pas nécessaire pour fournir aux héritiers acceptants leur part personnelle dans la réserve calculée sur les bases de l'art. 913 ou de l'art. 915, c'est-à-dire jusqu'à concurrence à la fois de la quotité disponible et de la portion que le renonçant aurait prise dans cette réserve, s'il eût accepté la succession ;

<sup>1</sup> Sirey 1845, 2, 244.

<sup>2</sup> Sirey 1845, 2, 551.

attendu qu'en attribuant au défendeur les deux tiers de la succession de son père, à savoir : un tiers pour sa part héréditaire, l'autre tiers pour droit d'accroissement qui résulterait en sa faveur de la renonciation de son cohéritier, et en bornant pour celui-ci le droit de retenir les biens donnés à la valeur uniquement du dernier tiers, comme étant la portion disponible fixée par l'art. 913, à raison de ce que le père, à son décès, avait laissé deux enfants pour héritiers, l'arrêt attaqué a fausement appliqué les articles 786 et 845 du Code civil et expressément violé ce dernier article et les art. 919 et 921, du même Code ; casse etc.,<sup>1</sup>. »

3<sup>e</sup> Affaire *Carlier*. Le sieur Levavasseur avait donné à chacune de ses deux filles, les dames Carlier et Levavasseur une dot de 20.000 fr., puis il décéda le 11 janv. 1850 en laissant plusieurs enfants : les dames Carlier et Levavasseur renoncèrent à la succession de leur père pour s'en tenir à la donation qu'elles avaient reçue et prétendirent la conserver jusqu'à concurrence de la quotité disponible et de la réserve cumulées. Le notaire, chargé de la liquidation de la succession, n'ayant pas dans son travail admis le cumul, les dames Carlier et Levavasseur en demandèrent la réformation. Le tribunal d'Amiens se prononça par jugement du 17 mai 1852 contre le cumul ; et la cour d'Amiens par un arrêt remarquablement motivé du 7 déc. 1852 confirma ce qu'avait décidé le tribunal de première instance. La dame Carlier se pourvut en cassation pour violation des articles 845 et 919 Code civil et fausse application de l'art. 785. La Cour suprême, après délibération en chambre du Conseil sur le rapport du conseiller Glandoz et les

<sup>1</sup> Sirey 1849, 1, 173.

conclusions conformes du premier avocat général Nicias Gaillard, cassa l'arrêt de la Cour d'Amiens<sup>1</sup>. L'affaire fut renvoyée devant la Cour de Nancy. Ce renvoi est significatif. M. Carrette fait remarquer que la Cour suprême, en saisissant la Cour de Nancy au lieu de renvoyer la cause et les parties devant l'une des trois Cours de Paris, de Rouen ou de Douai, qui sont les trois plus voisines de celle d'Amiens, ne pouvait exprimer d'une manière plus claire, son désir qu'une question aussi grave fût portée devant les chambres réunies, qu'en renvoyant à une cour, qui selon toute probabilité devait la juger contrairement<sup>2</sup> à la jurisprudence de la Cour suprême, et donner ainsi lieu à un second pourvoi sur lequel il devait être statué en audience solennelle<sup>3</sup>.

**109.** — La nouvelle jurisprudence de la cour de cassation rencontra une vive opposition non seulement du côté de la doctrine, mais encore de la part des Cours d'appel. Ainsi se prononcèrent contre le cumul la cour de Nancy (17 juillet 1849<sup>4</sup>), d'Agen (16 mars 1853<sup>5</sup>), de Riom (16 février 1854<sup>6</sup>), de Bastia (23 janvier 1855<sup>7</sup>), Paris (14 juin 1855<sup>8</sup>), Colmar (9 février 1858<sup>9</sup>), Paris (1<sup>er</sup> Mars 1860<sup>10</sup>), Bordeaux (21 août 1860<sup>11</sup>), Douai (4 juin

<sup>1</sup> Sirey 1854, 1, 513.

<sup>2</sup> La cour de Nancy s'était énergiquement prononcée contre le cumul. Voyez arrêt du 17 juillet 1849. Sirey 1851, 2, 394.

<sup>3</sup> Carelle. Sur l'arrêt de la Cour de cassation du 17 juillet 1854.

<sup>4</sup> Sirey 1851, 2, 394.

<sup>5</sup> Sirey 1853, 2, 222.

<sup>6</sup> 1854, 2, 614.

<sup>7</sup> Sirey 1855, 2, 97.

<sup>8</sup> Sirey 1855, 2, 490.

<sup>9</sup> Sirey 1860, 2, 454.

<sup>10</sup> Sirey 1860, 2, 454.

<sup>11</sup> Sirey 1860, 2, 454.

1861<sup>1</sup>), Rennes (10 août 1863<sup>2</sup>). M. Demolombe faisait des vœux pour que la question se présentât devant les chambres réunies de la cour suprême. « N'est-il pas étrange, disait de son côté M. Valette, qu'il n'y ait rien de certain dans la pratique sur des questions si graves et si usuelles desquelles dépendent la fortune et le repos de tant de familles ? Quoi ! cinquante ans après la promulgation d'un Code civil tant de fois porté aux nues comme un chef-d'œuvre de sagesse on n'a pu encore y démêler quels sont, au juste, les droits d'un enfant dans la donation qu'il a reçue de son père : là-dessus à chaque mésintelligence de famille, la question de droit est remise sur le tapis toujours la même et toujours nouvelle pour la dispute, avec son cortège obligé de consultations, de plaidoiries, de jugements et d'arrêts<sup>3</sup>. » Ces vœux se sont réalisés en 1863 et la cour de cassation, condamnant sa jurisprudence antérieure, en est revenue au système du non cumul, aux principes proclamés en 1818 dans l'arrêt de Laroque de Mons, à la saine interprétation de la loi. Voici dans quels circonstances est intervenu cet arrêt mémorable du 27 nov. 1863. Le sieur Antoine Croizet, décédé le 9 déc. 1841, laissait quatre enfants : la dame Lavialle, la dame Calvinhaec, la dame Valentin, et le sieur Croizet. Il avait constitué en 1830 à sa fille aînée, la dame Lavialle, une dot de 15,000 fr.

<sup>1</sup> Sirey 1861, 2, 625.

<sup>2</sup> Se prononcèrent pour le cumul, la Cour de Rouen, 21 juin 1847, (Sirey 47, 2, 572, aud. solen.) et 22 juin 1849. (Sirey 50, 2, 67), de Paris, 30 juin 1849. (S. 1850, 2, 214), de Paris, 7 août et 2 dec. 1850. (affaire Lapeyre), d'Aix 27 juin 1853. (Sir. 54, 2, 548). Grenoble, 18 juin 1854, (affaire Boulla), de Caen 29 dec. 1859, (S. 60, 2, 454.) Limoges 18 mars 1860, (et Jaccur). Aix 9 fév. (aff. Gasquet).

<sup>3</sup> Valette. *Mélanges*, p. 273.

dont 10,000 furent payés comptant et 5,000 étaient déclarés payables au décès du constituant. Il avait de plus en 1831 constitué une dot de 20,000 fr. à sa seconde fille, la dame Calvinhac. L'indivision entre les quatre enfants dura jusqu'au décès de leur mère arrivé en 1847. A cette époque, la dame Lavialle, première donataire sans dispense de rapport, déclara renoncer à la succession de son père, pour s'en tenir à la donation qu'elle avait reçue. Puis au moment de la liquidation de l'hérédité, elle prétendit retenir sur sa libéralité, d'abord sa réserve, ensuite s'il y avait lieu, tout ou partie de la quotité disponible. La dame Calvinhac combattit cette prétention, en soutenant que la rétention du don ne pouvait avoir lieu que sur la quotité disponible et jusqu'à concurrence seulement de cette quotité. Le tribunal d'Aurillac donna, par jugement du 19 août 1857 gain de cause à la dame Lavialle. Sa sœur, la dame Calvinhac interjeta appel et la cour de Riom, repoussant la doctrine du cumul, infirma le jugement de première instance, par arrêt du 12 mars 1858. Mais sur le pourvoi de la dame Lavialle, la cour suprême cassa l'arrêt de la cour de Riom, le 25 juillet 1859 et renvoya l'affaire devant la cour de Bourges. Cette cour se prononça, par arrêt du 14 juin 1860, dans le sens de la cour de Riom. Nouveau pourvoi en cassation. Sur le savant rapport de M. le conseiller Faustin Hélie, qui examina la question à fond au double point de vue du droit ancien et du Code civil, et sur les remarquables conclusions du procureur général Dupin, la cour suprême, abandonna la jurisprudence qu'elle avait inaugurée en 1843 et revint au système, le seul conforme aux vrais principes du Code civil, en décidant, chambres réunies, par arrêt



solennel du 27 nov. 1863 que l'enfant renonçant ne peut pas cumuler sa part de réserve et la quotité disponible et que le don par lui reçu en avancement d'hoirie est imputable exclusivement sur la quotité disponible. Voici *in extenso* cet arrêt qui résume fort bien les arguments que j'ai présentés à l'appui du système du non cumul.

« Attendu que de l'art. 913 C. Nap, qui détermine la portion des biens que les père et mère peuvent donner, soit à leurs enfants hors part, soit à des étrangers, il résulte que la réserve n'est autre chose que la succession elle-même diminuée de cette portion, s'il en a été disposé. — Que les enfants n'ont droit dès lors à cette réserve et ne la recueillent qu'à titre d'héritiers, et qu'aucune disposition du Code ne sépare la qualité de réserve et celle d'héritier. Qu'ils succèdent aux termes de l'art. 745 à tous les biens du défunt, et sont investis par les art. 920 et 921 du droit de former contre tous les donataires, la demande en réduction des donations qui excèdent la quotité disponible. — Attendu que si la donation a été faite à un successible réservataire, il y a lieu de distinguer si elle a été faite avec ou sans dispense de rapport. — Que ce n'est que lorsqu'elle a été faite avec dispense de rapport en vertu du droit que la loi à conférer aux pères et mères, comme attribut de la puissance paternelle, que le donataire peut en venant à la succession, cumuler avec la quotité disponible, sa part dans la réserve. Mais que lorsque cette dispense n'a pas été expressément stipulée par le donateur, le donataire doit, s'il accepte, faire le rapport du don qu'il a reçu et que s'il renonce, il ne peut le retenir qu'à titre de donataire et jusqu'à concurrence de la quotité dis-

ponible. — Que si le don excède cette quotité, il ne peut y avoir lieu de l'imputer d'abord sur la part du donataire dans la réserve et subsidiairement sur la portion disponible, puisque suivant l'art. 785 le donataire renonçant n'a plus la qualité d'héritier. — Enfin que les héritiers acceptants ne peuvent être privés du droit de demander la réduction, sous prétexte qu'ils seraient nantis de leur part personnelle ou que les biens seraient sortis de la succession, puisque d'une part, les héritiers sont appelés collectivement à la succession et par conséquent, à la réserve, et puisque, d'une autre part, ils exercent tous les droits et actions qui sont attachés à leur titre d'héritiers. — D'où il suit qu'en décidant que la donation faite à la dame Lavialle ne sera admise dans la liquidation de la succession du sieur Croizet que jusqu'à concurrence de la quotité disponible, l'arrêt attaqué n'a fait qu'une juste application de l'art. 845 du Code Nap. et n'a violé aucune loi, rejette etc.<sup>1</sup>... »

On peut dire avec M. Valette que cet arrêt, sur la question qu'il a décidé, a clos un demi siècle d'incertitude et de procès<sup>2</sup>. » Depuis, la cour de cassation statue, en effet, invariablement dans le même sens ; la question semble donc aujourd'hui définitivement résolue en jurisprudence<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Sirey 1863, 1, 513.

<sup>2</sup> *Mélanges*, p. 285, note 2.

<sup>3</sup> Voy. dans le même sens : Montpellier 8 mars 1864, et Paris 2 juin 1864. (Sir. 1865, 2, 145). — Paris 11 mai 1865. (Sir. 1865, 2, 145). — C. cas 22 août 1870. (Sir. 1870, 1, 428), et 40 nov. 1880. (Sir. 1881, 1, 97.) Sur ce dernier arrêt se trouve une savante note de mon éminent maître M. Labbé, qui précise la portée de la jurisprudence actuelle, en signale les inconvénients, sollicite une réforme législative et indique par quelles clauses pourraient être modifiées les consé-

quences de la jurisprudence « Quelles clauses conseiller ? se demande-t-il ? Le donateur peut certes limiter l'étendue de la libéralité dont il est l'auteur : exprimer que le don fait à charge de rapport sera caduc si le donataire se soustrait au rapport par une renonciation est possible, mais assez grave. Il est assez dangereux pour un donataire surtout à l'occasion d'un mariage et à titre de dot accepter une donation aussi incertaine, d'abdiquer à l'avance la faculté de répudier une succession mauvaise, embrouillée. L'acceptation sous bénéfice d'un inventaire ne préserve pas de tout souci, de tout péril. Si la fille donataire, et plus probablement son futur époux n'agrée pas cette première clause assez ridicule, le donateur peut exprimer que le don en avancement d'hoirie vaudra à tout événement, que le donataire vienne ou non à renoncer, mais seulement en maximum dans la mesure de la part du donataire dans la réserve et de sa part dans le disponible encore libre au jour de la donation. Le donateur motiverait ainsi sa pensée : Je ne me réserve pas de reprendre ce que je vous donne ; mais je veux que, si ma fortune diminue, tous mes enfants, à quelque époque qu'ils aient été dotés, qu'ils acceptent ou non mon hérité, soient traités également dans la distribution de mes biens.

## CHAPITRE QUATRIÈME

### LE RÉSERVATAIRE QUI RENONCE A LA SUCCESSION FAIT-IL NOMBRE POUR LA FIXATION DU MONTANT DE LA RÉ- SERVE ?

SOMMAIRE : 110. L'affirmative admise par la Cour de cassation et enseignée par la majorité des auteurs : exposition de cette doctrine. — 111. Réfutation : la négative est seule conforme aux principes et aux textes du Code civil : démonstration. — Opinion de M. Ragon. — 113. Opinion de M. Labbé.

**110.** — Une question qui se lie intimement à celle que j'ai étudiée dans le deuxième et troisième chapitre, est celle de savoir si le réservataire qui renonce à la succession, doit être compté pour la fixation de la quotité disponible ; ou sous une autre forme, la part de l'enfant renonçant dans la réserve, accroît-elle aux autres enfants acceptants ? Pour que la question s'élève, il faut supposer que le défunt a laissé à son décès moins de quatre enfants, car s'il en laisse plusieurs, la renonciation de l'un d'eux n'influe point sur le montant de la réserve, la quotité disponible étant dans ce cas invariablement fixée au quart de la succession. Un exemple fera saisir tout l'intérêt de la question. Un père laisse, à

sa mort, trois enfants dont l'un, donataire en avance-ment d'hoirie, renonce à sa succession. Faut-il calculer le disponible, comme s'il y avait trois enfants? Si oui, il sera du quart et la réserve des trois quarts; ou faut-il calculer le disponible comme s'il n'y avait que deux enfants? alors il sera du tiers et la réserve des deux tiers.

La jurisprudence constante de la cour de cassation, soutenue par le suffrage de la majorité des auteurs, résout cette grave question dans le sens de l'affirmative. Voici les arguments que l'on apporte à l'appui de cette doctrine.

On invoque d'abord les termes de l'art. 913 du Code civil : « s'il ne *laisse* à son décès qu'un enfant légitime... s'il *laisse* deux enfants... s'il en laisse trois ou un plus grand nombre. » Cet article, dit-on, ne se préoccupe que du nombre des enfants existants au jour du décès du défunt, sans s'inquiéter de la question de savoir s'ils acceptent ou s'ils renoncent; la loi n'exige pas, pour que ces enfants soient comptés, qu'ils se portent héritiers, qu'ils viennent à la succession. « On ne pourrait, disent MM. Aubry et Rau, exiger cette condition, sans ajouter à la disposition de la loi; et il est d'autant moins permis de le faire que les renonçants sont, jusqu'au moment de leur renonciation, saisis de l'hérédité<sup>1</sup>. » — L'art. 913 fournit à cette opinion l'argument capital; aussi la cour de cassation n'invoque-t-elle que sa disposition. Voici en quels termes elle le présente : « Attendu que l'art. 913 a réglé et limité les libéralités permises au père de famille sur le nombre d'enfants *qu'ils laisserait* à son décès, que c'est ce nom-

<sup>1</sup> MM. Aubry et Rau, *op. cit.* t. VII, § 681, texte et note 5, p. 175 et 176.



bre d'enfants qui devient la base fixe et invariable d'après laquelle est déterminée à l'instant même la quotité de la portion disponible, sans que cette quotité puisse être modifiée plus tard par des événements ou des incidents postérieurs. — Qu'il importe peu que, sur le nombre d'enfants délaissés par l'auteur commun les uns acceptent la succession et que les autres la répudient ; qu'avant l'intervention de ces actes, la quotité disponible se trouvait déjà fixée d'une manière *invariable*, et que cette quotité ne saurait s'élever ou s'abaisser, suivant le parti que l'un ou l'autre des enfants jugerait prudent de prendre au point de vue des intérêts personnels, après la mort de l'auteur commun <sup>1</sup>. »

Cette interprétation, fait-on remarquer, est corroborée par l'art. 920 qui dispose que les libéralités entre vifs ou par testament excédant la quotité disponible, sont réduites à cette quotité lors de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire à un moment où on ne peut savoir qui acceptera ni qui renoncera.

On s'appuie, en outre, sur l'art. 786 Cod. civil et l'on argumente ainsi : A l'époque du décès du père, son patrimoine se trouve divisé *ipso jure* en deux portions : l'une qui forme le disponible, l'autre, l'indisponible ou la réserve. Cette dernière n'est pas attribuée à chaque enfant divisément, mais forme une masse qui est attribuée collectivement à tous les enfants et qui se partagera ensuite entre ceux-là seuls, qui, ayant conservé leur droit, pourront venir à partage. — Cela est d'ailleurs dit-on, conforme aux principes du Code en matière de réserve. Eh bien, puisque la réserve n'est autre chose que la succession elle-même défendue, protégée contre

<sup>1</sup> 13 août 1866. Affaire Dufeu contre Dufeu. Sirey 1866, 1, 383.

les libéralités excessives du défunt, il en résulte nécessairement qu'elle est soumise aux mêmes règles qu'elle : Or, aux termes de l'art. 786, la part du renonçant accroît à ses cohéritiers, il faut donc dire que la part du renonçant accroît à ses coréservataires<sup>1</sup>. Si vous dites que l'enfant qui renonce, ne doit pas être compté, la part qu'il aurait eue dans la réserve, s'il avait accepté la succession, profitera aux autres enfants acceptants et aux *donataires et légataires* : vous violez donc l'art. 786 qui décide que la part des renonçants accroît exclusivement à ceux qui se portent héritiers, à ceux qui sont héritiers.

On ajoute en faveur de cette thèse, cette considération, qu'il y aurait quelque chose de choquant, de non juridique que le droit de disposer du père et le droit des donataires et légataires soient subordonnés à des éventualités postérieures que le disposant n'a pas prévues ni dû prévoir. C'est l'état de la famille qui mesure le devoir du donateur, qui mesure même le devoir du donataire, car un honnête homme doit être moins disposé à accepter le bienfait d'un père entouré d'une foule d'enfants que celui d'un homme qui n'en aurait qu'un seul. Le législateur doit d'ailleurs régler nos devoirs sur ce qui se passe pendant la vie et non sur des faits postérieurs, tels que les renonciations à succession.

Enfin cette opinion a, suivant Trolong, l'esprit de la loi pour elle. La loi dit au père : si vous avez un enfant, vous pouvez disposer de la moitié de votre fortune ; si vous avez deux, du tiers de votre fortune ; si vous en avez trois au plusieurs, du quart seulement : elle déter-

<sup>1</sup> Voy. Duranton. *Cours de droit fran. suivant le code civil*, t. VIII, n° 299, p. 318, (éd. 1827.)

mine donc la portion dont il lui est permis de disposer d'après le nombre des enfants existants. Cette disponibilité ainsi précisée au moment du décès ne saurait prendre plus d'étendue par un fait postérieur. La renonciation d'un enfant, manifestée après la mort du disposant n'empêche pas, que durant sa vie, celui-ci n'ait été limité à une part précise, qu'il ne pouvait dépasser sans abuser de son droit. Ce n'est pas lorsqu'il est mort que son pouvoir de disposer peut recevoir un accroissement, qu'il n'avait pas de son vivant <sup>1</sup>.

111. — Quelque séduisants que cette doctrine puisse paraître, j'essayerai néanmoins de la combattre, car pour ma part, je crois qu'elle n'est point fondée : tous les arguments qu'elle invoque reposent sur une fausse interprétation des textes du Code Civil. J'ai la ferme conviction que la loi n'a jamais entendu fixer le disponible et par suite la réserve qu'eu égard au nombre des enfants qui doivent profiter de cette réserve et figurer dans le partage des biens héréditaires. C'est ce que je me propose de démontrer.

<sup>1</sup> Troplong, *op. cit.* t. II, n° 786. — Toullier, t. V, n° 109. — Beaupré, *op. cit.* t. I, n° 146 et suiv. — Coin Delisle *Limite du droit etc.* p. 204 et suiv. et *Traité des donations*, art. 913, n° 6. — Saintespès Lescot, *op. cit.* t. II, n° 312. — Vazeille sur l'art. 913, n° 2. — Grenier. *Tr. des donations*, t. II, n° 563. — Poujol, sur l'art. 913, n° 7. — Levasseur *op. cit.* n° 40. — Favard, *Répertoire*. V° *Portion disponible*, sect. I, § 1, n° 1. — C. de cass. arrêt du 18 fév. 1818 (*Laroque de Mons*). — Caen 16 fév. 1826. (*Hulmel*), et 25 juillet 1837. (*Dudonnet*). — Amiens 17 mars 1853. (*Gandon*). — Bastia 21 fév. 1854. (*Rocasserra*). — Paris 9 juin 1864. (*Oudiot*), — et 11 mai 1865. (*Delpy*). — Pau, 28 dec. 1865. (*Rodrigues*. Dalloz, 1866, 2, 66). — Grenoble 16 avril 1866. (*Gros*). Paris 18 août 1866. (*Gion*). — Cass. 13 août 1866. (*Dufeu*. Sirey 66, 1, 383). — Grenoble 17 jan. 1867 (*Jourdan*). Cas. — 24 juin 1869, (*de Rostaing*. Sirey 70, 1, 432.)

Dire que la réserve est fixée d'une façon invariable, d'après le nombre des enfants que laisse le testateur, c'est résoudre la question par la question, car il s'agit précisément de savoir si les enfants doivent être laissés comme enfants ou comme héritiers, pour donner lieu à la fixation de la réserve conformément à l'art. 913. Or, quel est le sens que la loi attache à cette expression « *laisse des enfants* ? Il y a toute une série d'articles, au *titre des successions*, dans lesquels on trouve ces termes : *si le défunt laisse ou ne laisse pas* ? Que signifient-ils ? Ainsi l'art. 746 porte que « la succession passe aux ascendants, si le défunt *n'a laissé* ni postérité, ni frères ou sœurs, ni descendants d'eux. » Est-ce à dire qu'il suffit que le défunt ait laissé des descendants, des frères et sœurs ou descendants d'eux, pour que les ascendants ne puissent recueillir la succession, alors même que ces successibles auraient renoncé ? Assurément non, et jamais personne n'a soutenu une semblable opinion ; tout le monde convient et nos adversaires eux-mêmes reconnaissent qu'il ne s'agit dans l'art. 746 que de descendants, des frères ou sœurs *venant à la succession* et que ceux qui renoncent ne sont pas à considérer et ne sauraient empêcher la succession de passer aux ascendants. — Non seulement telle est la portée du mot *laissé* dans l'art. 746, mais les articles 748, 749, 750, 757, 758, emploient également dans le même sens cette expression ainsi qu'on s'en pourra facilement convaincre en se référant à ces articles. Ainsi, il n'est pas douteux, qu'au *Titre des Successions* quand la loi parle des parents *laissés* par le défunt elle entend *laissés comme héritiers* et non pas seulement comme habiles à succéder, quel que soit le sort ultérieur de leur

vocation héréditaire. La même expression a-t-elle par hasard un sens différent au *Titre des donations et des Testaments*. Nullement et tous les articles qui suivent l'art. 913 le prouvent surabondamment. L'art. 915 dit que les libéralités ne pourront excéder la moitié des biens si, à défaut d'enfants, le défunt *laisse* un ou plusieurs ascendants dans chacune des lignes paternelle et maternelle, et les trois quarts, s'il ne *laisse* d'ascendant que dans une ligne ». Si tous les ascendants de la ligne paternelle renoncent, dira-t-on que néanmoins le disponible n'est que de la moitié, parce que le défunt a *laissé* des ascendants dans cette ligne ? Si les ascendants des deux lignes renoncent, dira-t-on que le disponible reste toujours fixé à la moitié, parce que le défunt a *laissé* des ascendants dans les deux lignes ? Personne n'a jamais soutenu un pareil non sens<sup>1</sup>. — Enfin dans l'article 916 le législateur en disant que les libéralités pourront épuiser la totalité des biens, à défaut d'ascendants et de descendants, entend évidemment de l'aveu encore de tout le monde, que le déposant n'a pas laissé de descendants ou d'ascendants recueillant effectivement la succession. Ainsi le sens des expressions *laissé des enfants* qu'emploie le législateur dans l'art. 913 signifie *laissé des enfants qui viennent à la succession, qui sont héritiers*.

S'il restait quelque doute sur le véritable sens des expressions dont s'est servi l'art. 913, il serait levé par l'art. 922, qui déclare que la quotité disponible se calcule eu égard à la qualité des *héritiers qu'il laisse* (le disposant) et cela en se référant, non pas au temps du décès, mais à une époque où les acceptations et les

<sup>1</sup> Laurent, t. XII, p. 34.



répudiations de la succession sont nécessairement connues. M. Lagrange fait remarquer que l'art. 922 aurait du dire : « *eu égard à la qualité et au nombre des héritiers.* » Le projet parlait seulement de la qualité des héritiers parce qu'il ne tenait pas compte du nombre, la quotité disponible étant, d'après l'art. 18 invariablement fixée au quart, quand il y avait des enfants, à la moitié, quand il y avait des ascendants ou des frères et sœurs, aux trois quarts quand il y avait des neveux. On n'a pas remarqué que le changement dans le principe, entraînant un changement dans la rédaction de l'art. 922. — Je conclus que l'argument que tire la Cour de cassation du texte précité n'a aucune espèce de fondement <sup>1</sup>.

Mais il y a, dans la loi, un article qui permet à lui seul, je crois, de résoudre la question que nous discutons. Je fais allusion à l'art. 785 aux termes duquel « *l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier.* » Il résulte de là que la succession à laquelle était appelé le renonçant doit, à tous égards, se régler comme elle se serait effectivement réglée, si au jour de l'ouverture de l'hérédité, il n'avait pas existé. C'est là la conséquence d'un autre principe non moins essentiel, à savoir : *nul n'est héritier, qui ne veut* : dès l'instant que l'héritier appelé manifeste l'intention d'être étranger à la succession, il y est en effet aussi étranger, non seulement pour l'avenir, mais encore pour le passé, que s'il n'avait jamais été investi du titre d'héritier. Or, c'est comme héritier que l'enfant a droit à une réserve ; si donc il renonce à la succession, il renonce en même temps à la réserve, et de même que l'effet de cette re-

<sup>1</sup> *Revue de droit fr. et étranger*, t. 1, 1844, p. 128, note 1.

nonciation est de le faire tenir pour n'ayant jamais été héritier, de même elle le fait considérer comme n'ayant jamais été réservataire. On admet bien cette solution pour exclure le renonçant de toute part dans la réserve, il faut nécessairement l'admettre aussi pour l'éliminer du calcul de la réserve ; autrement on n'arriverait à cette contradiction sur laquelle je reviendrai plus loin pour en faire ressortir les inconvénients, que le renonçant qui ne prend pas part dans la réserve ferait part pour en déterminer le montant dans l'intérêt de ses frères et sœurs, c'est-à-dire qu'il serait à la fois considéré comme existant et comme n'existant pas. — La doctrine que je combats est donc contraire au principe formel de l'art. 785.

On objecte que le renonçant est jusqu'au moment de la renonciation saisi de l'hérédité. Je ne conteste pas ce point. Oui, le renonçant est saisi non seulement de la qualité de successible, mais de la succession elle-même. Mais l'effet rétroactif résultant de l'art. 785 est tel que le renonçant est censé n'avoir jamais été héritier, de sorte que non seulement il est considéré comme n'ayant jamais eu de part héréditaire, mais les héritiers du défunt sont de plus censés ne l'avoir jamais eu pour cohéritier et leur droit doit être réglé, à tous égards, comme si dès le principe, ils avaient succédé seuls au défunt. La réserve doit donc être calculée exclusivement d'après leur nombre et leur qualité, sans tenir aucun compte du successible renonçant.

On argumente dans le système contraire de l'art. 786 ; je prouverai que la Cour de cassation et les auteurs qui partagent sa doctrine sur ce point, sont inconséquents, qu'ils interprètent faussement l'art. 786, qu'enfin, en

admettant que l'interprétation qu'ils en donnent soit exacte, elle ne saurait, dans tous les cas, être applicable à la matière de la réserve comme à celle de la succession *ab intestat*. — Je dis en premier lieu que la doctrine que je combats est inconséquente : et en effet, je fais remarquer que l'art. 786 ne se contente pas de dire que la part du renonçant accroît à ses cohéritiers, il ajoute : *s'il est seul, elle est dévolue au degré subséquent*. Cette disposition de même que celle qui fait l'objet de la première partie de l'art. 786, n'est qu'une conséquence du principe posé dans l'art. 785. Eh bien, si l'on applique la première, il faut nécessairement, pour être logique, appliquer également la seconde, car ces deux dispositions sont intimement liées l'une à l'autre, sont inséparables, ce qui conduit à dire : 1° qu'en cas de renonciation de l'héritier en ligne directe descendante, sa réserve sera dévolue aux ascendants ; 2° qu'en cas de renonciation des ascendants, la réserve sera dévolue aux collatéraux, à qui le Code n'accorde cependant aucune réserve. Ce résultat est inadmissible et nos adversaires s'accordent pour repousser toute dévolution de la réserve. Ils reconnaissent que, si par la renonciation de tous les enfants, la succession est transportée à des ascendants, ceux-ci ne peuvent obtenir que la réserve qui leur est propre d'après l'art. 915, c'est-à-dire un quart ou la moitié, suivant qu'il y a des ascendants dans une seule ligne ou dans les deux. Ils conviennent aussi que si le degré subséquent est représenté par des collatéraux il n'y aura plus de réserve. Ils sont bien obligés de le reconnaître en présence des termes des articles 921 et 922 du Code civil. En effet supposons que le défunt, ayant fait des libéralités entre vifs, décède en

laissant des ascendants dans les deux lignes, son père et sa mère, et des collatéraux, que les donations excèdent la quotité disponible, c'est-à-dire la moitié des biens, et que les ascendants renoncent à la succession de leur enfant. Si on admettait le principe de la dévolution de la réserve, on devait dire, dans mon espèce, que la réserve étant entamée par les donations, les collatéraux pourront exercer l'action en réduction ; or, l'art. 921 dispose que les collatéraux ne peuvent jamais cette action : cela suffit pour leur refuser le bénéfice de la dévolution. Mais cela n'est pas tout. L'art. 922 décide que la quotité disponible se calcule eu égard à la *qualité des héritiers* que laisse le défunt : eh bien ! puisque pour calculer la quotité disponible, il faut s'attacher à la qualité des héritiers, les ascendants ayant renoncé, on ne doit tenir compte que des collatéraux, car ce sont eux qui recueillent la succession ; or, à leur égard, le disponible comprend, aux termes de l'art. 916 toute l'hérédité ; par suite il ne peut y avoir lieu à une réserve !

Cependant deux arrêts, l'un de la cour de Caen du 16 fév. 1826<sup>1</sup>, l'autre de la cour de Bourges du 21 août 1839<sup>2</sup> ont admis la dévolution de la réserve au profit des collatéraux avec la quotité fixée, dès le principe, par le nombre et la qualité des parents laissés par le disposant au jour du décès. Troplong, l'un des partisans du système que je combats, en traitant de la réserve des ascendants blâme aussi ces arrêts : « On a demandé si les collatéraux avaient droit à la réserve, comme l'ascendant renonçant dont ils tiennent la place.

<sup>1</sup> Affaire. *Hulmel contre les héritiers Basnier*. Dalloz 26, 2, 497.

<sup>2</sup> Affaire. *Houdaille contre les héritiers Mathé*. Sirey 1839, 2, 529.

Question étrange et qui ne mériterait pas d'être posée, si la Cour de Caen ne l'avait pas jugée en faveur de la dévolution de la réserve aux collatéraux. Comme si la réserve pouvait avoir lieu au profit des collatéraux ! comme si la renonciation donnait lieu à la représentation. » Mais plus loin, en examinant la question de savoir si la renonciation des ascendants à la succession change quelque chose à la quotité dont le mineur aurait pu disposer, il croit avec Coin Delisle que les arrêts précisés sont juridiques, car la capacité de disposer ne peut être changée par les événements postérieurs au décès<sup>1</sup>. Ces deux arrêts décidaient que lorsqu'un mineur a un ascendant, la quotité de bien, dont il peut disposer au profit d'un étranger est invariablement fixée à la moitié des trois quarts de ses biens ; de telle sorte que dans le cas même où l'ascendant réservataire renoncerait à sa réserve, cette renonciation ne saurait avoir l'effet d'étendre la libéralité du mineur jusqu'à concurrence de la moitié de ses biens. Pour ma part, j'estime que ces arrêts ont mal jugé la question qui leur était soumise et qu'ils ne sont pas juridiques. Lorsqu'un mineur au-dessus de seize ans fait des libéralités dans son testament, il se présente deux questions parfaitement distinctes et qu'on ne doit pas confondre : une question de *capacité* et une question d'indisponibilité : l'incapacité affecte la personne même du disposant, dans un but de protection ; l'indisponibilité, au contraire, affecte le patrimoine : elle résulte de la défense que la loi fait à toute personne de disposer de la totalité de ses biens au préjudice de certains parents

<sup>1</sup> Troplong, *op. cit.* t. II, n° 829.



privilegiés, des héritiers réservataires : c'est au moment de la disposition qu'il faut se placer pour juger la question de capacité : les événements postérieurs sont impuissants à valider la libéralité faite par un incapable ou vicier celle qui émane d'un capable. En matière d'indisponibilité, on considère non pas le moment de la disposition, mais l'époque du décès du disposant ; c'est à ce moment-là seulement qu'il y a lieu d'examiner s'il laisse ou non des réservataires. Cela étant établi, lorsqu'un mineur (que l'art. 904 C. Civ. autorise de disposer par testament jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens dont la loi permet de disposer au majeur) a fait son acte de dernière volonté, c'est à l'époque de la confection de cet acte qu'il faut se rapporter pour vérifier s'il était ou non capable d'y faire une libéralité testamentaire. Mais la question de disponibilité, c'est-à-dire la question de savoir quelle est la quotité dont il a pu en réalité disposer, se décidera pour lui, comme pour le majeur d'après la qualité des héritiers qui acceptent la succession, d'après les art. 913, 915, 916. Par conséquent, la cour de Caen et celle de Bourges auraient dû, suivant moi, rechercher quelle aurait été la portion de biens dont le mineur aurait pu disposer eu égard aux héritiers recueillant la succession, s'il eût été majeur (et nous venons de voir que le majeur peut disposer de toute la succession) en prendre la moitié et fixer à cette fraction le droit des légataires, c'est-à-dire à la moitié de toute l'hérédité<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Bayle-Mouillard, (sur Grenier, t. IV, p. 78). Ar. Dalloz (*Diction. gen. h. v.* n° 202, 203), admettent le principe de la dévolution de la réserve ! — Il semble au premier abord que telle a été aussi la pensée du procureur général Dupin, car dans son réquisitoire, dans

Puisque la dévolution de la réserve est impossible, il est inconséquent de prétendre qu'il y a accroissement de la part entière du renonçant dans la réserve au profit de ses coréservataires. Je sais bien qu'on a dit, pour expliquer la solution contraire, que pour avoir droit à la réserve, les héritiers doivent avoir une aptitude personnelle à en profiter, qu'ainsi les ascendants ne peuvent profiter que de la réserve établie pour leur ordre successoral, les collatéraux n'ayant aucun droit à une réserve, ne peuvent invoquer celle qui est établie pour les ascendants ou descendants, tandis que les descendants ont de leur chef une vocation personnelle à la réserve que la loi attribue à leur ordre de succession. Mais M. Thézard y a très finement répondu. « N'est-ce pas là une équivoque, dit-il ? Les enfants et ascendants appelés à la succession et à la réserve, y ont un droit déterminé à la fois par leur quotité et par leur nombre : ce sont ces deux conditions qui en fixent le montant, et il est impossible de voir une différence rationnelle entre le système qui permettrait à une personne de bénéficier d'un droit ouvert au profit d'un autre ordre d'héritiers non effectivement appelés à la succession, et celui qui lui permettrait de profiter de l'existence d'autres héritiers de son ordre aussi non effectivement appelés à la succession<sup>1</sup>.

En second lieu je dis que nos adversaires interprètent

l'affaire Lavallo, le 17 nov. 1863, il dit : « Si le successible renonce — il le peut, car nul n'est héritier qui ne veut (art. 775), — dans ce cas la part dans la réserve qu'il aurait eue, s'il eût accepté, accroît à ses cohéritiers : ou s'il est seul de son degré, elle *est dévolue au degré subséquent*. » Mais ceci a été dit assurément par inadvertance.

<sup>1</sup> Voyez dans *la Revue critique de jurisprudence*, t. XIII, année 1884, p. 542.

faussetment l'art. 786. Ce texte n'apparaît dans le Code que comme la conséquence de l'art. 785 d'après lequel l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier. Dans les cas les plus ordinaires, la conséquence est, en effet, que la part devenue vacante par la renonciation profite aux autres cohéritiers ; mais cette formule littéralement appliquée n'est pas toujours exacte : en effet, tout d'abord si le renonçant a plusieurs cohéritiers, sa part ne profitera pas toujours à chacun d'eux comme la loi paraît le dire. Ainsi le défunt ayant laissé son père et deux frères, si l'un des frères renonce, sa part reviendra toute entière à l'autre frère, le père n'en profitera donc pour aucune partie, et cependant il est cohéritier du renonçant. On règlera la succession comme on l'aurait réglée si le défunt n'avait laissé que son père et un seul frère. Ainsi le veut l'art. 785 dont l'art. 786, je le répète, n'est qu'une conséquence mal déduite. De même dans tous les cas où il y a lieu au partage de la succession entre les deux lignes de parenté du défunt, la renonciation de l'un des héritiers d'une ligne ne profitera qu'aux cohéritiers de sa ligne et non à ceux de l'autre. Je pourrais multiplier ces applications, mais ces exemples suffisent pour montrer que les termes de la loi sont impropres. Ce que la loi veut dire dans l'art. 786, c'est que le renonçant n'existant pas par rapport à la succession, celle-ci doit être partagée comme s'il n'y avait jamais été appelé : de sorte que sa renonciation profite à tous ceux auxquels son acceptation aurait fait préjudice. Telle est donc la formule qu'aurait dû employer le législateur pour parler exactement. Les mêmes principes doivent être appliqués à la réserve. Celle-ci doit être déterminée comme si le

renonçant n'avait jamais eu de vocation héréditaire et dès lors ne faisant plus obstacle à personne, sa renonciation doit profiter à ceux auxquels sa présence eût été nuisible. Ainsi je suppose que le défunt laisse quatre enfants et un légataire universel. Si tous acceptaient la succession, la quotité disponible serait d'un quart, et la réserve de trois quarts, que les enfants se parta-geaient par parts viriles. Si celui qui renonce n'avait jamais eu de vocation héréditaire, le légataire aurait eu toujours un quart, puisque la quotité disponible est aussi forte avec quatre enfants qu'avec trois enfants ; les autres descendants du défunt auraient obtenu, il est vrai, toujours les trois quarts de la succession, mais n'ayant à les partager qu'entre trois la part afférente à chacun aurait été plus considérable. Donc en supposant le renonçant acceptant, sa présence ne nuirait ici qu'aux enfants qui se portent héritiers ; elle ne nuirait pas au légataire universel ; par conséquent sa renonciation ne doit profiter qu'aux premiers. Changeons les faits et supposons que le défunt laisse trois enfants, dont l'un renonçant et un légataire universel : si le renonçant était resté héritier, la quotité disponible serait du quart, la réserve des trois quarts. S'il n'avait jamais eu de vocation héréditaire le disponible aurait été du tiers et la réserve des deux tiers. Donc son acceptation aurait nui également aux autres enfants venant à la succession et au légataire universel, par conséquent sa renonciation doit profiter tout à la fois aux uns et aux autres. Ce résultat découle de l'art. 786 sainement entendu. La Cour de cassation et les auteurs qui donnent une solution contraire, interprètent donc faussement cet article.

Pour réfuter en entier l'argumentation que mes ad-

versaires fondent sur l'art. 786, il ne me reste plus qu'à démontrer qu'en supposant même que la formule de l'art. 786 fût exacte, l'accroissement est impossible dans la succession réservée, lorsque le défunt laisse moins de trois enfants. Je suppose qu'une succession ordinaire est déferée à trois héritiers dont l'un renonce et les deux autres acceptent. Quand il existe plusieurs héritiers en présence les uns des autres, leur droit à la totalité de l'hérédité ne peut pas s'exercer : tous ayant des droits égaux : chacun doit nécessairement en prendre une certaine part pour en exercer une autre part : *concurso tantum partes fiunt*. Que si tous ces droits moins un, viennent à s'évanouir, par la mort ou la renonciation, celui des héritiers qui a conservé le sien, prend alors toute la succession, parce que son droit ne rencontre plus d'obstacle. Il n'emprunte point les droits de ses cohéritiers renonçants, car ils sont éteints : s'il prend le tout, c'est en vertu du droit qui lui *est propre, qui est né dans sa personne*. C'est ce qu'on exprime, lorsqu'on dit qu'il recueille toute la succession non pas *jure accrescendi* mais *jure descrescendi*. Ainsi l'accroissement n'est rien autre chose que l'attribution, à un plus petit nombre d'héritiers, de la *même masse*, qui devait se partager d'abord entre des héritiers plus nombreux et dont le nombre a diminué par la renonciation de l'un ou de plusieurs. Il suppose qu'il y a vocation de plusieurs personnes à une *même chose*, et vocation propre et personnelle pour le tout, *in solidum* en faveur de chacune. Pour qu'il y ait accroissement, il faut donc une condition essentielle, sans laquelle il serait impossible : il faut qu'il s'agisse d'une *masse invariable a priori* et qui demeure la même après comme avant la



renonciation, puisque ce n'est qu'alors, que la part du renonçant, quoique non compté existe et par conséquent peut accroître à ses cohéritiers<sup>1</sup>. Mais précisément cette condition, l'invariabilité de la masse manque en ce qui concerne la réserve des enfants, car il faut régler la quotité de cette masse avant de s'occuper du droit d'accroissement. Or, la renonciation d'un réservataire rétroagit jusqu'à l'ouverture de la succession, et comme c'est à ce moment que la réserve est fixée, il ne doit pas, il ne peut pas être compté et cela en vertu du même principe, qui produit l'accroissement dans la succession ordinaire : en effet la part du renonçant accroît à ses cohéritiers, parce que si le renonçant n'eût pas existé au moment de l'ouverture de la succession, les cohéritiers en auraient pris la totalité. Mais dans la réserve de ses enfants, la portion indisponible étant essentiellement variable, comment dirait-on que si le renonçant n'eût pas existé, les autres auraient eu sa part. Il n'existe pas de part pour le renonçant ; dès lors il ne peut y avoir d'accroissement. Par l'effet de la renonciation d'un héritier, les choses deviennent ce qu'elles auraient été, si le renonçant n'avait jamais existé (sauf la représentation). Or, s'il n'avait jamais existé, la réserve aurait été des deux tiers : s'il en existe un, mais qu'il renonce, elle doit encore n'être que des

<sup>1</sup> Voy. sur le droit d'accroissement Machelard. *Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataires* (1858), p. 3. — Glasson. *Du droit d'accroissement entre cohéritiers et entre colégataire en droit romain*, 1862, p. 8, 9 et suiv. — Alban d'Authuille : *Essai sur le droit d'accroissement*, 1834. — Holtius. *Analyse historique du droit d'accroissement entre colégataire, d'après le droit romain, les lois de Justinien et les principales législations modernes de l'Europe*. Liège 1830.

deux tiers<sup>1</sup>. La cour de Pau objecte que l'art. 786 dit : « *la part du renonçant*, donc celui qui renonce a une part, donc il fait nombre. Je réponds que par ces expressions le législateur a entendu la part qu'aurait eue l'héritier, s'il n'avait pas renoncé.

Au contraire, lorsque le défunt laisse plus de trois enfants, comme alors la réserve forme dès le principe une masse invariable fixée aux trois quarts de la succession et que la renonciation de l'un n'a aucune influence sur son montant, la part du renonçant accroît à ses frères, car ceux-ci ont, dans cette hypothèse, eux-mêmes, personnellement, une vocation directe à la masse qu'ils réclament.

Le système que je défends a pour lui l'esprit de la loi. La réserve a été introduite par dérogation au droit de disposer qui appartient à tout propriétaire, dans un intérêt supérieur à l'intérêt individuel. Mais si la loi restreint le droit du propriétaire, qui laisse des descendants, elle ne le fait que dans la mesure qu'elle croit suffisante à assurer à chacun des héritiers la protection nécessaire. Toutes les fois donc que l'un des réservataires, par sa renonciation, n'accepte pas le bénéfice qu'il pourrait retirer, il est logique que cela n'atténue la restriction imposée au droit de disposer du défunt. D'ailleurs il résulte de la fixation que notre article 913 fait du disponible et de l'indisponible que le législateur a encore voulu, du moins, jusqu'à concurrence du nombre de trois enfants, rendre la quotité disponible égale à une part d'enfant ; il a pensé que le droit des enfants serait suffisamment respecté dès que les donataires et légataires n'ont pas à eux plus que chacun des enfants. Si on de-

<sup>1</sup> Ragon, t. II, p. 69.

vaît compter les renonçants, ce rapport qu'a voulu la loi serait rompu, puisque l'unique enfant aurait, à lui seul, la réserve qui est fixée pour deux ou trois enfants et que la quotité disponible ne serait pas plus forte, que si les deux ou les trois enfants avaient pris part. « La loi ainsi entendue, dit M. Laurent, est rationnelle, elle proportionne le chiffre de la réserve aux besoins des enfants. Mais la loi cesserait d'être rationnelle, si pour les besoins de deux enfants, elle accordait une réserve de trois. Si ce n'est pas là l'esprit de la loi, que l'on nous dise quel est cet esprit <sup>1</sup>. »

On objecte qu'il résulte des articles 913, 915, 920 que la quotité de la réserve est fixée invariablement d'après la composition de la famille du défunt lors de l'ouverture de la succession, que le législateur, en réglant ainsi le devoir, *l'officium* du père de famille, n'a pu prendre en considération que l'état des appelés à la succession, au jour du décès et non les changements qui peuvent arriver par un fait postérieur, lorsque tout est consommé ; que le droit de disposer, limité pendant la vie du disposant, à une part précise qu'il ne peut dépasser ne paraît pas susceptible d'accroissement par un événement postérieur à sa mort. — Je réponds à ces objections que les articles précités ne fixent l'époque du décès pour déterminer la quotité disponible et la réserve qu'afin d'établir une distinction entre les questions de capacité personnelle et celles de disponibilité réelle. L'établissement même de la réserve n'est pas fixé d'après la composition de la famille au moment du décès puisque des renonciations pourraient venir changer les vocations héréditaires et appeler des ascendants ou des

<sup>1</sup> Laurent, t. XII, p. 35.

collatéraux à la place des enfants ; pourquoi ce même principe ne s'appliquerait-il pas à la fixation de la quotité de la réserve. « La disponibilité, dit fort bien M. Ragon, n'est-elle pas ambulatoire et changeante depuis le jour de la donation ou du testament jusqu'au jour du décès et même jusqu'à l'acceptation ou la répudiation de la succession ? La perte des enfants, survenue entre la confection du testament et la mort de leur père, change son disponible, leur renonciation, lorsqu'ils lui ont survécu, le change également. Cela est élémentaire. C'est l'effet propre de toute renonciation de déplacer et de modifier la succession à laquelle elle s'applique, succession ordinaire, comme succession réservée. Est-ce que la renonciation d'un enfant unique ne substitue pas la réserve de l'art. 915 à celle de l'art 913. Est-ce que la renonciation des ascendants ne ferait pas s'évanouir toute réserve ? Voilà des faits posthumes, qui font singulièrement varier la disponibilité. Il n'y a pas une renonciation, pas une, qui n'ait son influence sur la succession renoncée <sup>1</sup>. » J'ajoute que s'il fallait admettre en principe général que la quotité disponible ne peut recevoir d'accroissement par suite d'un fait postérieur à la mort du disposant, il faudrait, dans le cas où les successibles en ligne directe renoncent à l'hérédité, accorder aux collatéraux, contrairement aux dispositions des articles 916 et 912, le droit de faire réduire les libéralités de leur auteur qui excéderaient une certaine fraction de son patrimoine.

Remarquons que la Cour de cassation se met en contradiction avec elle-même lorsqu'elle décide que le renon-

<sup>1</sup> Ragon, t. II, p. 63.

cant fait nombre pour la fixation du montant de la réserve. En effet la Cour suprême admettait en 1818 et admet depuis 1863 que l'enfant qui renonce cesse d'être réservataire en même temps qu'il cesse d'être héritier. Or, si on le considère comme n'existant pas à l'effet de le priver de la réserve, comment et de quel droit peut-on le considérer comme existant, à l'effet d'en déterminer le chiffre? La contradiction est manifeste. N'est-il pas d'ailleurs absurde qu'un enfant donataire qui abdique la qualité d'héritier fasse nombre contre lui-même? Que si par exemple, on suppose un autre enfant qui accepte, le premier ne puisse garder la libéralité que jusqu'à concurrence du tiers des biens, tandis que s'il était étranger, il garderait jusqu'à concurrence de la moitié? M. Ragon dit excellemment: « On doit faire état pour calculer la réserve de tous les successibles qui y prennent part et de ceux-là seulement. » Et plus loin il ajoute. « Si vous partagez l'erreur des jurisconsultes qui lui dénie le droit de retenir sa réserve, gardez-vous de le compter sous peine d'inconséquence. La logique vous le défend. » La Cour de cassation et les auteurs qui partagent cette prétendue erreur, sont donc inconséquents en comptant l'enfant renonçant pour le calcul de la réserve. « Il faut, dit encore M. Ragon, mettre la manière de calculer la réserve en rapport avec l'opinion qu'on s'est faite sur la question des enfants habiles à y prendre part. Une décision commande l'autre. Il n'y a pas ici de véritable difficulté à résoudre, pas de règle absolue à poser. Tout est relatif. C'est affaire de logique et de bon sens plus que de droit, et rien en vérité n'est plus simple : font nombre pour le calcul de la réserve tous ceux qui n'y ont point de part. Avoir



part et faire nombre vont toujours ensemble<sup>4</sup>. »

Le système auquel je me suis rallié, présente enfin un avantage qui mérite d'être signalé. En faisant profiter la part que le renonçant aurait eue s'il venait à la succession, à la fois aux autres enfants acceptants et aux donataires et légataires, en élargissant ainsi la quotité disponible, il atténue pour certaines hypothèses l'inconvénient résultant de l'imputation exclusive sur la quotité disponible du don fait à un successible renonçant. Un exemple fera facilement saisir ma pensée. Un père ayant trois enfants a fait une donation sans clause de préciput de 30,000 à l'un d'eux ; puis il a légué à un étranger 10,000 fr., à sa mort il se trouve une fortune de 80,000 fr. en biens existants et le donataire renonce à la succession de son auteur. Si on applique à cette espèce le système de la Cour de cassation on dira : le défunt ayant laissé trois descendants, la réserve est des trois quarts de la succession, le disponible d'un quart : l'enfant donataire ayant renoncé, imputera sa libéralité sur la quotité disponible, qui se trouvera ainsi épuisé : le legs fait à l'étranger devient caduc. —

<sup>4</sup> Ragon, t. II, n° 288, p. 40.

On a dit aussi contre le système que je combats, que non seulement il est absurde, mais en outre, immoral, puisqu'il crée pour le renonçant un intérêt à contester sa filiation. — Je crois que c'est aller trop loin. En supposant même qu'une pareille idée vint à l'enfant renonçant elle ne pourrait avoir aucune suite, si sa filiation était légalement établie ; si au contraire cette filiation était douteuse, les enfants légitimes attaquaient le don en avancement d'hoirie ou le legs comme entaché d'erreur substantielle sur la personne, aux termes de l'art. 1110, § 2. C. Civ. qui porte : « *L'erreur n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention.* »

Au contraire dans notre doctrine la réserve sera des deux tiers, le disponible d'un tiers, c'est-à-dire de 40,000 fr: la donation n'absorbant pas tout le disponible, le legs de 10,000 fr. recevra son exécution.

En un mot la doctrine suivant laquelle le renonçant ne fait pas nombre pour le calcul de la réserve est conforme aux textes du Code civil et à son esprit, elle est logique et tempère dans une certaine mesure la rigueur de l'art 845. Telles sont les raisons qui me décident à l'adopter <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Voy. dans ce sens : Demolombe. *Donat*, t. II, n° 99, p. 167. — Marcadé t. III, art. 913 et 914 n° 1. — Valette. *Mélanges*, t. I, p. 273. — Vernet *op. cit.* p. 382. Laurent, t. XII, p. 33. — Lagrange. *Revue de droit fr. et ety.* 1844, p. 127. — M. Bufnoir à son cours, leçon du 20 déc. 1886. — M. Duverger à son cours leçon, du 10 mars 1888. — Voy. aussi : 1° un jugement du tribunal de la Seine du 4 mai 1865, (*affaire des dames Gion et Pennetier contre la dame Morin*), mais infirmé par la Cour de Paris par arrêt du 18 août 1866. (Sirey 1866, 2, 298); 2° un arrêt de la Cour de Rennes du 10 août 1863 (*affaire Dufeu contre Dufeu*): 3° un arrêt très bien motivé de la Cour de Pau. du 20 mai 1865, (*Affaire Cassamayou*. Sirey 1866, 2, 220), dont voici les termes :

« Attendu, dit la Cour, qu'aux termes de l'art. 785. C. Nap. l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier ; que l'effet de cette renonciation est de le rendre entièrement étranger à la succession et de lui faire perdre tout droit dans la réserve, qui devient alors partageable entre ses cohéritiers, comme s'il n'avait jamais existé, que dans cette situation, il serait contradictoire qu'il dût faire nombre, quand il s'agit de déterminer contre lui le montant de la quotité disponible et de l'effacer, au contraire, et de le considérer comme n'existant pas quand il s'agit de le priver de toute part dans la réserve ; — Attendu que si l'on objecte les dispositions de l'art. 913, d'après lesquelles la proportion relative de la réserve et de la quotité disponible se trouve déterminée par le nombre des enfants existants au jour du décès, abstraction faite de leur acceptation ou répudiation, il faut rapprocher ces dispositions de celles des articles 746, 748, 749, 914 et 922 et reconnaître que le mot *enfants* employé dans le dit article, est synonyme de celui d'héritier, et que c'est

**112.** — D'après une doctrine intermédiaire, tout en admettant comme règle générale que le renonçant ne doit pas compter, on s'en écarte dans le cas où celui qui renonce a reçu une libéralité du défunt. C'est la doctrine de l'ancien droit qui décidait qu'il fallait tenir compte, pour la supputation de la légitime, de l'enfant qui renonçait *aliquo dato*. — Ce système défendu avec beaucoup de talent par M. Ragon, s'impose à tous ceux qui comme le savant professeur, admettent le cumul. Puisqu'en effet, l'enfant donataire renonçant peut retenir une part dans la réserve, il est juste, nécessaire, raisonnable qu'il fasse nombre pour en augmenter, s'il est possible, la quotité. Moi qui ai refusé au donataire ou légataire de ne rien retenir autre chose que le disponible tel qu'il est fixé par l'art. 913, je ne puis admettre cette exception : M. Ragon le reconnaît lui-même : « Que les auteurs qui n'admettent pas la rétention ne comptent jamais les renonçants, ils ont raison ; nous qui l'admettons nous ne pouvons pas ne pas compter le renonçant qui de cette manière recueille sa portion de la succession réservée <sup>1</sup>. »

**113.** — M. Labbé admet aussi que l'enfant renonçant fait nombre pour le calcul de la réserve, mais partant de l'idée que la réserve, sous l'empire du Code civil n'est

non d'après le nombre des enfants, mais par celui des héritiers laissés par le disposant à son décès que doit être calculée, la quotité de biens dont il aura pu disposer ; que décider le contraire serait attribuer à la qualité seule d'enfant en droit et une situation également repoussées par le texte et la jurisprudence... » 4<sup>o</sup> un arrêt de la Cour de Montpellier du 23 mai 1866, (affaire *de Mostuéjols contre de Vézins*), confirmant un jugement du tribunal civil de Milan du 24 fév. 1866. — Sirey 1867, 2, 235.

<sup>1</sup> Ragon, t. II, p. 92.

pas collective, mais individuelle, de même que la légitime dans l'ancien droit, il décide que la part du renonçant profitera aux donataires ou légataires, qu'elle augmentera, en d'autres termes, seulement le disponible. Ainsi dans le cas de deux enfants dont l'un renonce et l'autre accepte, l'héritier aura, suivant lui, un tiers et le légataire deux tiers, tandis que suivant moi, le premier aura deux tiers, et le dernier un tiers <sup>1</sup>. — Mais d'une part les arguments fournis à l'appui de mon opinion, de l'autre les développements donnés dans les deux premiers chapitres d'où il résulte que la réserve légale n'est que la succession *ab intestat* frappée d'indisponibilité, et que loin d'être individuelle, elle présente, au contraire, un caractère collectif, suffisent à réfuter l'opinion de mon éminent maître.

<sup>1</sup> M. Labbé. *Manière de caculer la réserve*, n° 91 et suiv.

## II

### DES PERSONNES QUI ONT DROIT

A LA

### RÉSERVE LÉGALE

---

Je diviserai mes explications sur cette matière en quatre chapitres : dans le premier je rechercherai quels sont les descendants qui ont droit à une réserve ; dans le second, quels sont les ascendants qui peuvent réclamer la même faveur ; dans le troisième chapitre je m'occuperai de la réserve et du disponible quand il y a un ascendant donateur ; dans le quatrième je me demanderai si le législateur a eu raison ou tort de refuser une réserve aux collatéraux. Ainsi :

*Chapitre I.* Des descendants qui ont droit à une réserve.

*Chapitre II.* Des ascendants qui ont droit à une réserve.

*Chapitre III.* De la réserve et du disponible quand il y a un ascendant donateur.

*Chapitre IV.* Le législateur a-t-il eu raison ou tort de refuser une réserve aux collatéraux ?



## CHAPITRE PREMIER

### DES DESCENDANTS QUI ONT DROIT A UNE RÉSERVE

SOMMAIRE : 114. I. *Enfants descendants légitimes*. — 115. II. *Enfants légitimés*. — 116. III. *Enfants adoptifs*. — 117. Opinion de Delvincourt ; réfutation. — 118. Opinion de Toullier, de Marcadé ; — 119. Réfutation. — 120. Les descendants de l'adopté ont-ils une réserve dans la succession de l'adoptant ? Etablissement du système, suivant lequel les descendants de l'adopté ont un droit de succession, et par conséquent de réserve sur les biens de l'adoptant. — 121. V. Etablissement du système préférable, suivant lequel les enfants légitimes de l'adopté ne sont jamais admis à la succession ab intestat, soit par représentation, soit de leur chef et à bien plus forte raison ne jouissent d'aucun droit de réserve dans son hérédité. — 122. Distinction faite par Merlin et Demante entre les enfants de l'adopté nés avant et ceux nés après l'adoption ; réfutation. — 123. IV. *Les enfants naturels reconnus* ont-ils droit à une réserve ? Négative enseignée par Chabot et M. Laurent. — 124. Réfutation ; établissement du système contraire. — 125 et 126. Restrictions apportées par Delvincourt et autres auteurs à cette dernière doctrine. Réfutation. — 127. L'enfant naturel a-t-il droit à une réserve dans l'hypothèse particulière de l'art. 137. Cod. civil ? — 128. Distinction proposée par Demolombe. Réfutation. — 129. Existence d'une réserve au profit des enfants légitimes ou légitimés de l'enfant naturel. — Restrictions y apportées par certains auteurs. — Réfutation. — 130. Les descendants naturels de l'enfant naturel ont-ils une réserve dans la succession du père de leur auteur ? Affirmative enseignée par Duranton, Favard, Delvincourt. Réfutation. — 131. Exclusion de

la réserve des enfants incestueux ou adultérins. — 132. VI. *Enfants absents*. — 133. VII. Enfants nés d'un mariage putatif.

**114.** — I. *Enfants légitimes*. La loi accorde, en premier lieu, la réserve aux enfants. « Ce sont eux qui sont les premiers, dans l'ordre de la nature, dit Troplong, ce sont eux surtout qui doivent être mis à l'abri des sévérités injustes du pouvoir de disposer : sévérités assez rares du reste, car l'affection des pères est la plus profonde de toutes et nos mœurs sont telles que l'on ne voit pas souvent des pères dont on puisse dire : *Maligne contra sanguinem suum inferentes judicium* <sup>1</sup>. »

Sont compris sous le nom *d'enfants*, l'art. 914 le dit lui-même, « *les descendants à quelque degré que ce soit*. » La réserve est donc accordée non-seulement aux enfants du premier degré, mais aussi aux petits enfants, à tous les descendants en un mot ; qu'ils viennent à la succession du défunt, de leur chef ou par représentation, peu importe.

L'art. 913 n'accorde nominativement de réserve qu'aux *enfants légitimes* et dès lors nous devons nous demander, si le même droit doit être accordé, dans le silence de la loi, aux enfants *légitimés, adoptifs, naturels*.

**115.** — II. *Enfants légitimés*. Il est certain que l'enfant légitimé par mariage subséquent doit bénéficier de tous les avantages successoraux qui sont attribués à l'enfant né en mariage et que le droit à la réserve lui appartient, dans la succession de ses père et mère, puisque la légitimation n'est autre chose qu'un bienfait de la loi en vertu duquel un enfant naturel est élevé à la dignité d'enfant légitime, par le mariage que ses auteurs

<sup>1</sup> Loi 4, Dig. de *inof. test.* — Troplong, *op. cit.* n° 769.

contractent après l'avoir reconnu et que l'art. 333 C. Civ. décide formellement que « les enfants légitimés par mariage subséquent auront les mêmes droits que s'ils étaient nés dans le mariage. »

Le droit de réserve existe également au profit des descendants de l'enfant légitimé et sans qu'il y ait lieu à distinguer entre ceux nés antérieurement à la légitimation et ceux qui sont nés depuis, car aux termes de l'art. 332 « la légitimation peut avoir lieu, même en faveur des enfants décédés qui ont laissé des descendants, et dans ce cas elle profite à ses descendants. »

**116.** — III. *Enfants adoptifs*. Il n'est pas douteux non plus que l'enfant adoptif ait droit à une réserve : l'art. 350 C. Civ. lui attribue sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que ceux qu'y aurait l'enfant né en mariage, alors même qu'il y aurait d'autres enfants de cette dernière qualité nés depuis l'adoption. — Si ce principe est incontesté en doctrine, son application donne cependant lieu à quelques difficultés, plusieurs auteurs ayant voulu en restreindre la portée.

**117.** — Delvincourt, en s'appuyant sur les termes de l'art. 350 « l'adopté aura *sur la succession* etc. » en conclut que celui-ci à un droit de réserve seulement sur les biens qui se trouvent dans la succession ou qui ont été légués, mais non sur ceux donnés entre vifs, d'où la conséquence que l'action en réduction de l'adopté doit être restreinte aux dispositions testamentaires. Il ajoute que l'adoption étant irrévocable, on a voulu par là procurer à l'adoptant le moyen de punir l'adopté qui se comporterait mal à son égard, que l'adoption étant un acte qui dépend entièrement de la volonté de l'adop-

tant, on n'a pas voulu lui laisser la faculté de révoquer, à son gré, les donations qu'il aurait pu faire ; c'eût été contraire au système de la législation, relativement à l'irrévocabilité des donations entre vifs. Quant aux dispositions testamentaires, cet inconvénient n'existe pas, dit-il, puisque les légataires n'ont jamais été saisis et qu'ils n'ont pas dû compter sur leurs legs, arranger leurs affaires en conséquence <sup>1</sup>.

Cette interprétation de l'art. 350 me paraît tout à fait inexacte. La loi assimile l'enfant adoptif à l'enfant légitime. Or, ce dernier a le droit d'exercer sa réserve, non seulement sur les biens qu'il trouve dans la succession de son père, mais aussi sur ceux qui en sont sortis par l'effet de libéralités entre vifs. D'ailleurs, en refusant à l'enfant l'action en réduction contre les libéralités entre vifs, on lui refuse implicitement la réserve ; il n'aura aucun moyen de faire valoir son droit, si l'adoptant a disposé de tout son patrimoine par des donations entre vifs que l'adopté ne pourra faire réduire. Enfin, j'oppose à l'interprétation de Delvincourt l'art. 922 qui porte que la succession, quant au calcul de la réserve, se compose tant des biens existants au jour du décès du donateur ou testateur que de ceux dont il a disposé par acte entre vifs.

**118.** — D'autres auteurs distinguent entre les donations antérieures et les donations postérieures à l'adoption : ils admettent l'adopté à faire réduire les donations postérieures à l'adoption, mais lui refusent le droit d'attaquer celles faites antérieurement à cet acte. — Dans cette opinion, on part de cette idée que l'adop-

<sup>1</sup> Delvincourt. *Cours de droit civil*, Paris 1819. Notes et explications page 413, Note 5.

tion n'entraîne la révocation des libéralités entre vifs (art. 460). Or, dit-on, si la loi n'a pas voulu que l'adoption pût révoquer les donations antérieures, comment a-t-elle pu vouloir que l'adoption devînt le principe d'une action en réduction ? Comment est-il possible que, d'un côté, en prescrivant la révocation, la loi ait mis le passé à l'abri de l'adoption et que de l'autre, elle l'eût laissé exposé à une action en réduction, c'est-à-dire à une éventualité analogue et prenant encore sa source dans l'adoption même ? D'ailleurs l'enfant adoptif n'a pas pu compter sur des biens qui, avant le contrat d'adoption, étaient sortis du patrimoine de l'adoptant, il n'a pu compter que sur le présent et sur l'avenir, le passé ne lui appartient pas. On ajoute que l'adoption étant un acte volontaire de la part de l'adoptant si l'adopté pouvait exercer son action en réduction contre les donations antérieures, il dépendrait du donateur d'anéantir, au moins pour partie, les libéralités irrévocables qu'il a faites, en adoptant un enfant. Enfin, dit-on, il ne faut pas oublier que l'adoption est un contrat qui a pour base et pour objet la bienfaisance : or, l'action en réduction que l'adopté voudrait exercer est repoussée par l'esprit intime de la loi. Cette action, en effet, serait odieuse, car l'adopté se ferait une arme du bienfait qu'il a reçu pour déposséder ceux qui, avant lui, avaient obtenu de l'adoptant d'autres témoignages de sympathie <sup>1</sup>.

Les auteurs qui enseignent cette opinion ne s'enten-

<sup>1</sup> Taulier. *op. cit.* p. 452-435. — Toullier, t. II, p. 278, n° 1011.

Grenier. *De l'adoption*, n° 40. — Marcadé, t. IV, art. 960, n° 8.

— Riffé. *De l'adoption*, p. 82. — Chabot. *Questions transitoires, v° adoption* § 5. — Favard. *Répertoire v° adoption*, sect. 2, § 3, n° 5.



dent pas sur la date précise du jour où les donations commenceraient à devenir réductibles. Grenier ne permet de critiquer que les donations postérieures à l'acte d'inscription de l'adoption ; Toullier fait remonter l'ouverture du droit de réduction jusqu'au jour de la formation du contrat.

**119.** — L'argumentation que ses auteurs présentent ne me semble pas fondée et la réfutation en est facile. La révocation pour cause de survenance d'enfants qui s'opère au profit du donateur même ne saurait être mise sur la même ligne que l'action en réduction exercée par l'enfant réservataire : elle diffère essentiellement de cette dernière ; autre chose est la révocation, autre chose la réduction : la première a lieu de plein droit, malgré le donateur, peut être invoquée par toute personne intéressée et profite au donateur, tandis que la seconde n'a pas lieu de plein droit, elle est facultative pour le réservataire, ne peut être exercée que par ceux au profit desquels la loi a établi une réserve et n'a lieu qu'après le décès du donateur. En outre quand une personne ayant des enfants fait une donation entre vifs, cette donation ne sera pas révoquée par la survenance de nouveaux enfants, mais elle pourra être soumise à la réduction, si elle dépasse la quotité disponible : il en sera de même dans le cas d'adoption. — C'est en vain qu'on objecte que l'adopté n'a pas pu compter sur des biens qui, avant le contrat d'adoption, étaient sortis du patrimoine de l'adoptant ; la loi assimile l'adopté à l'enfant né en mariage ; or celui-ci ayant le droit d'agir en réduction des libéralités qui excèdent le disponible, refuser un pareil droit à l'adopté ce serait ne pas tenir compte de la volonté du législateur. — On invoque le

principe de l'irrévocabilité des donations et on dit que l'adoption est un acte volontaire de la part de l'adoptant! Mais d'abord toute donation entre vifs contient implicitement la condition qu'elle ne préjudicie pas aux droits de ceux qui se trouveront, de quelque manière que ce soit, héritiers à réserve du donateur : l'adopté se trouve bien dans cette situation, il est investi par l'art. 350 des mêmes droits que les enfants légitimes. D'ailleurs le contrat d'adoption ne peut être regardé comme un acte émané de la seule volonté de l'adoptant : ce contrat exige la réunion d'un grand nombre d'autres conditions indépendantes de la volonté de l'adoptant telles que l'âge, le consentement de celui qu'on veut adopter, des soins, et n'est consommé que par l'inscription qui doit en être faite sur les registres de l'état civil, inscription qui confère à l'enfant adopté les mêmes droits sur la succession de l'adoptant que ceux qu'y aurait eus un enfant légitime. J'ajoute enfin à l'appui du système que je défends une considération qui me semble décisive : tous les auteurs, partisans de la distinction mentionnée, sont obligés de reconnaître une égalité parfaite entre l'enfant adoptif et l'enfant légitime quand ils concourent ensemble ; or, s'il en est ainsi dans ce cas, pourquoi en serait-il autrement lorsque l'adopté vient seul à la succession de l'adoptant?

L'adopté n'a pas de réserve dans la succession des parents de son père adoptif, puisqu'aux termes de l'art. 350, il n'est pas leur héritier et qu'il faut, ainsi que je l'ai démontré, avoir cette qualité pour être réservataire, *prius esse quam esse tale*.

120. — Une question très vivement controversée est celle de savoir si les descendants de l'adopté ont

droit à une réserve dans la succession de l'adoptant.

Des auteurs fort considérables et la jurisprudence se prononcent pour l'affirmative et voici les arguments qu'ils présentent en faveur de leur opinion.

Ces auteurs rappellent d'abord qu'en droit romain les descendants de l'adopté avaient les mêmes droits que l'adopté : *ex adoptivo natus adoptivi locum obtinet in jure civili*<sup>1</sup>. Ils ajoutent que « l'adoption est une imitation de la nature, que le législateur a voulu constituer en faveur de celui que les circonstances ont éloigné du mariage ou dont le mariage est resté jusqu'alors stérile, une famille nouvelle qui pût remplacer pour lui la famille légitime et apporter à sa vieillesse les consolations et les joies d'une paternité légale à défaut de la paternité naturelle. Comment concevoir dès lors que le législateur ait voulu manquer le but qu'il s'était proposé en réduisant cette famille à l'unité personnelle de l'adopté et en refusant à ses enfants les bénéfices comme aussi les obligations et les devoirs de « l'adoption ? Comment comprendre que lorsqu'une personne est adoptée par une autre, lorsqu'elle entre par l'adoption dans une maison jusqu'alors étrangère, elle pût y entrer seule, en laissant ses enfants nés ou à naître à la porte ? Ce serait contre nature et l'adoption serait presque un acte immoral si ses effets s'arrêtaient à la personne même de l'adopté, si un père pouvait, encouragé par la loi, délaisser sa famille pour courir seul à un sort meilleur<sup>2</sup>. » Il est vrai, dit-on, que nous ne trouvons aucun texte précis qui appelle les enfants de l'adopté à succéder à l'adoptant ; mais les dispositions du Code civil supposent

<sup>1</sup> Julien, loi 27. Dig. *De adopt. et emancip.* 1, 7.

<sup>2</sup> Dagallier. Voy. Sirey 10 nov. 1862 (70, 1, 18).

virtuellement l'existence juridique d'un lien de parenté entre l'adoptant et les enfants de l'adopté. Ainsi d'après l'art. 347 C. civ., l'adoption confère à l'adopté le nom de l'adoptant et ses enfants sont appelés à le recueillir et à le porter avec lui. Est-il raisonnable de penser que les enfants de l'adopté qui doivent porter le nom et quelquefois hériter des titres de l'adoptant, puissent rester étrangers et ne pas trouver dans sa succession, en cas de prédécès de leur père, les émoluments qui les mettront à même de porter dignement le nom et soutenir convenablement le titre qui a pu leur advenir? C'est ainsi encore que l'art. 348 prohibe le mariage entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants comme elle le prohibe entre les ascendants et les descendants légitimes ou naturels. Bien plus, l'art. 745 porte : « les enfants ou leurs descendants succèdent à leur père et mère, aïeuls, aïeules ou *autres ascendants* sans distinction de sexe, ni de primogéniture, et encore qu'ils soient issus de différents mariages. » Quoi de plus clair et de plus explicite, dit-on ! Ces mots ou *autres ascendants* ne s'appliquent-ils pas évidemment aux ascendants adoptifs ? Ajoutez qu'il résulte de la combinaison des articles 739 et 740 que tout descendant légitime a le droit de représenter son auteur défunt ; c'est-à-dire qu'il jouit d'une fiction qui l'identifie avec cet auteur, de telle sorte que c'est cet auteur qui est réputé vivre toujours en lui. Donc le descendant de l'adopté étant légalement, par la fiction de la représentation, l'adopté lui-même, exercera tous les droits que cet adopté exercerait s'il vivait encore. En outre, l'art. 351 dispose que « si l'adopté meurt sans descendants légitimes, les choses données par l'adoptant ou recueillies dans sa succession, et qui existeront

en nature lors du décès de l'adopté, retourneront à l'adoptant ou à ses descendants, à la charge de contribuer aux dettes et sans préjudice des droits des tiers. » Or, dit-on, cet article ne peut s'expliquer, si on ne reconnaît pas un lien de parenté entre l'adoptant et les enfants de l'adopté. Pourquoi, en effet, la loi accorderait elle le droit de retour légal à l'adoptant, dans le cas où l'adopté est mort sans postérité, si ses enfants lui étaient complètement étrangers ? On argumente encore de l'art. 352 : l'adoptant est autorisé par ce texte à reprendre les choses qu'il a données à l'adopté dans la succession d'un descendant légitime de ce dernier. Il les recouvre à titre héréditaire. Il est donc, quant à ces choses, héritiers de ce descendant, dès lors il est certainement aussi son parent, car on n'a de droits successifs vis-à-vis d'une personne qu'autant qu'on lui est uni par des liens de parenté. Enfin on invoque l'art. 35 du décret du 1<sup>er</sup> mars 1868 concernant les majorats aux termes duquel le titre attaché à un majorat passe à la descendance légitime, naturelle ou adoptive du titulaire<sup>1</sup>.

**121.** — Pour ma part, je me rallie à l'opinion con-

<sup>1</sup> Taulier, *op. cit.* t. I, p. 450. — Toullier, *op. cit.* t. II, n° 1015. Marcadé art. 350, n° IV, et art. 914, n° IV, et art. 914, n° II. — Cotellet. *Cours de droit français ou du Code napoléon approfondie*, Paris 1813. — Beaugrand. *Revue pratique* 1869, p. 308. — Proudhon (éd. Valette). *Traité sur l'état des personnes*, 1848, t. II, p. 221. — Boissonade *op. cit.* n° 726. La cour de cassation par arrêt du 2 déc. 1822, a décidé que le legs fait par l'adoptant à un fils de l'adopté, devait être considéré comme une libéralité en ligne directe, passible seulement du droit de 4 0/0 aux termes de l'art. 61, § B n° 4, loi du 22 primaire an VII, (Sir. 1823, 1, 74). Voy. aussi Cour de Paris, 27 janv. 1824, (affaire Marino contre Thimister (Siv. 25, 2, 131). Cour de Nancy, 30 mai 1868, (affaire de Chamisso), Str. 68, 2, 161. C. de cass. Rej. 10 nov. 1869. (Sirey 1870, 1, 18.



traire, car j'ai la ferme conviction que les enfants légitimes de l'adopté ne sont jamais admis à succéder *ab intestat* à l'adoptant, soit par représentation soit de leur chef et à bien plus forte raison ne jouissent d'aucun droit de réserve dans son hérédité.

En effet l'adoption est une institution découlant uniquement du droit positif dont l'établissement appartient exclusivement à ce droit, une cause arbitraire du législateur humain. C'est pourquoi elle ne peut produire que les effets qui lui sont reconnus, d'une façon nette et précise, par des textes législatifs. Or, nul article du Code ne lui attribue la création d'une parenté entre l'adoptant et les enfants légitimes de l'adopté. Donc elle n'engendre aucune parenté entre lui et ces derniers. Elle n'est en définitive qu'une fiction légale et *sui generis*, qu'une image plus ou moins imparfaite de la parenté par le sang. Or, les principes interdisent d'opérer l'extension d'une fiction en dehors des termes de la loi. Toute fiction légale doit être soigneusement circonscrite dans les limites que les textes lui assignent. Ce qui le prouve, ce sont les vicissitudes si nombreuses par lesquelles a passé le projet du Code. Voyez, dit très justement M. Demolombe, les discussions préparatoires et « les six ou sept projets de loi successivement discutés et remplacés l'un par l'autre. C'est d'abord une complète imitation de la nature : l'adopté entre dans la famille de l'adoptant dans tous les degrés directs et collatéraux de cette famille. Et puis, un peu plus tard, voici que le premier consul déclare que l'adoption d'un majeur n'est qu'un contrat d'intérêt et une manière de déléguer une succession. Et le projet arrêté par le Conseil d'Etat ne fait résulter de l'adoption aucun empêchement de ma-

riage et il n'admet pas même entre l'adoptant et l'adopté l'obligation de se fournir des aliments. Le spectacle de ces oscillations prouve assez qu'il n'y a en un tel sujet aucun effet véritablement essentiel : l'adoption n'est que ce qu'on l'a voulu faire : elle ne produit d'effets, elle n'établit de rapports juridiques que ceux qui résultent des textes mêmes de la loi<sup>1</sup>. » On chercherait vainement dans les lois un article admettant formellement la fiction de parenté dans les rapports de l'adoptant avec les descendants légitimes de son enfant adoptif. Nous ne pouvons, dès lors, étendre cette fiction jusque dans ses rapports avec eux. En un mot pour que le lien d'une parenté civile existe entre deux personnes il faut qu'un texte l'ait établie entre elles. Aucun texte ne l'a créé entre les enfants légitimes de l'adopté et l'adoptant. Donc il n'existe pas entre eux et lui. L'art. 350 n'accorde qu'à l'adopté des droits sur la succession de l'adoptant : il ne parle nullement de ses descendants : c'est là le seul droit de successibilité qui résulte de l'adoption. Lorsque le Code, réglant la succession des père et mère veut y appeler, à défaut de l'enfant lui-même, les descendants de celui-ci, il a soin de le déclarer en termes formels : C'est ainsi que l'art. 745 décide que les enfants ou leurs *ascendants* succèdent à leurs père et mère, que l'art. 759, en traitant des droits des enfants naturels sur les biens de leurs père et mère, appelle à leur succession l'enfant naturel ou *ses descendants*. Si les enfants de l'adopté devaient succéder à l'adoptant, parce que celui-ci serait considéré comme étant leur aïeul adoptif, on ne voit pas pourquoi, ils ne seraient pas tenus de lui fournir des aliments, en cas de

<sup>1</sup> Demolombe. *Tr. de l'adoption*, t. VI, n° 141.

besoin, à la charge de réciprocité. Et cependant l'obligation alimentaire n'est établie qu'entre l'adoptant et l'adopté (art. 399). Ce silence du Code est d'autant plus significatif que les articles 205 et 207 combinés, prennent soin de nous dire que les ascendants doivent des aliments à leurs enfants et autres descendants. — Si le législateur, en réglant les mêmes charges et les mêmes droits, au titre de l'adoption, ne parle pas des descendants de l'adopté, c'est dans un esprit d'exclusion. Car s'il était nécessaire de s'expliquer, c'était bien certainement plutôt à l'égard des descendants de l'adopté qui sont naturellement étrangers à l'adoptant, qu'à l'égard des descendants de l'enfant légitime ou naturel qui sont unis à leur aïeul par le lien du sang.

On invoque, dans l'opinion que je combats, le droit romain. Mais de l'aveu de l'un de nos adversaires M. Dagallier, conseiller à la cour de cassation « le code n'a pas organisé l'adoption suivant les enseignements de la loi romaine, dont il n'a reproduit ni les distinctions assez subtiles, ni la théorie que la constitution de la famille chez nous et la puissance paternelle telle que la loi l'a réglementée, ne lui permettaient pas de s'approprier. » D'ailleurs, en droit romain, les descendants n'avaient pas toujours les mêmes droits que l'adopté lui-même. En effet à l'époque classique l'adoption faisait entrer l'adopté dans la famille de l'adoptant et créait des liens de parenté entre lui et les agnats de l'adoptant. De cette agnation naissait bien pour l'adopté des droits à la succession de ces agnats, semblables en tout à ceux qu'il aurait eus dans la famille naturelle et que la *capitis deminutio* lui avait fait perdre ; mais à la différence de l'adrogation, l'adoption laissait dans la

famille de son père naturel les descendants de l'adopté nés avant le changement de famille : ceux-ci n'acquerraient par la suite aucune espèce de droit à la succession de l'adoptant. Dans la législation de Justinien, si l'adoptant était un ascendant les conséquences de l'adoption étaient les mêmes que dans l'ancien droit ; si le fils de famille avait été adopté par un *extraneus*, il restait dans sa famille naturelle où il conservait tous ses droits, n'acquérant qu'un droit de succession *ab intestat* sur les biens de l'adoptant : ce droit lui était exclusivement personnel et il est évident que les enfants qui lui survenaient depuis l'adoption, n'ayant avec l'adoptant aucun lien de parenté civile ou naturelle, ne pouvaient jamais prétendre à sa succession.

On oppose l'art. 486 ! Ce texte, dit la cour de Cassation, atteste l'existence d'une véritable parenté civile entre l'adoptant légitime de son fils adoptif, puisqu'il prohibe le mariage entre eux. — Cet argument est loin d'être concluant. La prohibition du mariage entre l'adoptant et les descendants de l'adopté n'est nullement la conséquence d'une parenté civile. Elle est fondée purement et simplement sur des considérations morales et d'ordre public, sur les dangers qui résulteraient pour les bonnes mœurs de la possibilité d'un mariage entre deux personnes destinées à vivre sous le même toit, ou du moins, à être fréquemment réunies, à se voir souvent et intimement. Les travaux préparatoires sont là pour le prouver : « L'affinité morale, disait Berlier, dans son exposé de motifs au Corps législatif, établie par l'adoption entre les personnes de cette qualité et les rapports physiques que la cohabitation fait naître entre elles, prescrivait de ne point offrir d'aliments à leur pas-

sion par l'espoir du mariage<sup>1</sup>. » — D'ailleurs l'art. 348 prohibe le mariage entre les enfants adoptifs du même individu. Il l'interdit également entre l'adopté et les enfants légitimes survenus à l'adoptant depuis l'adoption. Pourtant, personne n'en conclut que l'adopté soit le parent des enfants légitimes et des autres enfants adoptifs de l'adoptant. Il est même certain qu'il n'y a aucune parenté entre lui et ces enfants. Dès lors il me paraît évident qu'on ne saurait davantage tirer, de ce que le mariage ne peut avoir lieu entre les descendants légitimes de l'adopté et l'adoptant, cette conséquence que des biens civils de parenté les rattachent à ce dernier.

Nos adversaires argumentent de l'art. 347. — Mais de ce que les enfants nés depuis l'adoption reçoivent en naissant le nom de leur père, en résulte-t-il pour cela qu'ils seront les parents de l'adoptant? Nullement. Ce n'est pas, en effet, parce qu'ils sont les parents de l'adoptant, qu'ils portent le nom de celui-ci juxta-posé. Au nom originaire de leur père; c'est uniquement parce que le nom de celui-ci a été modifié, augmenté de celui de l'adoptant par suite de l'adoption et leur a été ensuite transmis au moment de la naissance, ainsi transformé et accru; c'est parce qu'ils ont reçu à ce moment, le nom de leur père dans l'état où il se trouvait alors, c'est-à-dire formé en partie de celui de l'adoptant. D'ailleurs comme le fait remarquer mon savant maître M. Lyon-Caen « de la seule identité de nom, on ne peut jamais conclure au droit de succession. Ainsi l'adopté lui-même ne succède pas au père de l'adoptant (art. 345): l'enfant naturel reconnu n'est pas héritier du père de

<sup>1</sup> Fenet. t. VI, p. 610.



son père (art. 716)<sup>1</sup> » et pourtant ces personnes portent le même nom. L'argument tiré de l'art. 347 est donc absolument sans valeur.

On s'appuie sur l'art. 350 et on prétend que les droits de l'enfant légitime étant transmissibles à ses propres enfants, les droits de l'adopté à la succession de l'adoptant doivent se transmettre de la même manière ; sinon l'assimilation faite par la loi entre les droits de l'adopté et ceux de l'enfant légitime ne serait pas complète. — Je réponds que lorsque les descendants de l'enfant légitime viennent soit par représentation, soit de leur chef à la succession de leur aïeul, ce n'est pas en vertu d'un droit que leur père leur a transmis, puisqu'il est évident qu'une personne ne peut transmettre à ses héritiers le droit qu'elle a de succéder à une autre, qu'autant qu'elle a survécu au défunt et ne s'est trouvée exclue de sa succession, ni par sa renonciation, ni par une déclaration d'indignité, mais en vertu d'un droit qui leur est propre, que la loi leur confère expressément, en vertu d'une vocation personnelle. Or, nulle part la loi n'appelle les descendants de l'adopté à la succession de l'adoptant, ceux-ci n'y ont donc pas une vocation personnelle et dès lors l'assimilation établie par l'art. 350 entre les droits de l'adopté et ceux de l'enfant légitime ne prouve rien, en faveur de l'opinion adverse.

Marcadé invoque à l'appui de l'opinion que je combats l'art. 739 et 740 : mais la réponse à donner est facile. La représentation n'est qu'un secours, un auxiliaire que la loi accorde à certains parents qui sont habiles à succéder, mais qui seraient primés, si elle n'était ad-

<sup>1</sup> Notes sur un arrêt du 30 mai 1868, de la cour de Nancy. Sirey 1868, 2, 161, 3<sup>e</sup> vol. in fine.

mise par des parents plus proches. Il faut donc pour succéder par représentation avoir une vocation personnelle ; or cette vocation personnelle des enfants de l'adopté, encore une fois, n'est écrite nulle part dans la loi, et on ne peut par des arguments d'analogie ou *a fortiori* la créer.

On objecte encore l'art. 351. — Mais l'argument que nos adversaires en tirent repose sur une confusion manifeste : « autre chose est le droit de succéder à une personne, disent fort bien MM. Aubry et Rau, autre chose est le droit d'empêcher par sa présence l'ouverture du retour successoral au profit de cette personne, puisque dans le premier cas il s'agit d'acquérir et que dans le second il ne s'agit que de conserver<sup>1</sup>. » C'est pourquoi on ne peut raisonnablement conclure de ce que le second appartient aux descendants de l'adopté à l'égard de l'adoptant, qu'ils aient vis-à-vis de lui, le premier. Le fait que ceux-ci forment obstacle à l'ouverture du retour successoral au profit de l'adoptant, n'atteste pas nécessairement entre eux et celui-ci un lien de parenté : on peut l'expliquer sans supposer un pareil lien. On peut dire notamment qu'ils recueillent les biens donnés dans l'hérédité de leur père donataire, décédé, à l'exclusion de l'adoptant donateur, non parce qu'ils sont les parents de ce dernier mais simplement parce qu'il est naturel que leur père transfère en mourant, ces biens qu'il a acquis, qui sont sa propriété, à ses enfants plutôt qu'à son père adoptif, parce qu'il est juste qu'il ait la consolation de les leur transmettre, et raisonnable de présumer que l'adoptant lui-même a eu, lorsqu'il l'a gratifié, l'intention de lui accorder cette consolation. Je crois même que l'art. 351 fournit un ar-

gument favorable au système que j'ai adopté : on peut dire, en effet, que puisque la loi accorde expressément aux enfants de l'adopté le droit de recueillir ce que l'adoptant a donné à leur père et ne leur attribue nulle part, au contraire, un droit de succession, elle n'a entendu leur accorder que le premier de ces droits. Ce qui prouve d'ailleurs qu'il faut bien distinguer le droit de succession, c'est que dans le même article 351 la loi étend le droit de retour légal aux descendants de l'adoptant ; or, est-il venu à la pensée de quelqu'un de partir de là pour dire qu'un droit s'ouvrirait en faveur des enfants de l'adopté sur la succession des frères et sœurs adoptifs de leur père ? Lui-même y a-t-il droit ? On sait que les autres enfants de l'adoptant lui sont complètement étrangers.

On nous oppose l'art. 745, qui dit-on, est général. Mais cet article ne peut être invoqué en une matière exceptionnelle, comme celle de l'adoption. L'art. 745 ne règle que la succession légitime, il ne s'occupe que des descendants qui sont unis au défunt par le lien du sang ; l'adoption étant une pure création du droit civil, la loi a déterminé les effets qu'elle doit produire au titre qu'elle lui a consacré : c'est donc là, dans les articles qui la concerne, qu'il faut rechercher, si un droit de succession existe en faveur des descendants de l'adopté sur les biens de l'adoptant ; or, non seulement aucun texte, de ce titre, n'appelle les enfants de l'adopté à la succession de ce dernier, mais encore tous les autres résistent à l'interprétation que nos adversaires leur donnent.

Mais, nous dit-on, dans votre système l'adoption n'atteint pas le but que le législateur lui a assigné, à savoir

la création, à défaut des descendants naturels, d'une descendance fictive, elle n'est pas une imitation de la mesure. — M. Lyon-Caen y a très bien répondu : « où a-t-on vu que le but de l'adoption soit de donner une descendance à l'adoptant ? Rien n'est moins bien défini que l'objet de cette institution et la raison en est simple : en cette matière le législateur n'est pas, comme on le suppose, parti d'une idée générale ; il a considéré l'adoption comme une création du droit positif susceptible de produire seulement les résultats qu'il lui conviendrait d'y attacher<sup>1</sup>. » De plus de nos jours l'adoption n'imité plus la nature que très imparfaitement ; il n'y a pas dès lors à s'étonner que le fils de l'adopté lui-même demeure étranger à l'adoptant. L'adopté lui-même ne devient pas, à proprement parler, le parent de l'auteur de son adoption. Il n'est que son quasi parent, ce ne sont pas des rapports véritables, mais uniquement des quasi rapports de filiation, des liens d'une nature spéciale qui existent entre lui et l'adoptant. Et en effet : on sait que ce dernier n'a pas, vis-à-vis de l'adopté, les attributs de la puissance paternelle *lato sensu*, que celui-ci n'a pas besoin pour contracter mariage d'obtenir le consentement de l'adoptant ou de lui adresser des actes respectueux, que de plus, l'adoptant n'est en aucun cas appelé à recueillir la succession ordinaire de l'adopté défunt. Or, si l'adopté lui-même n'est pas le parent et l'enfant proprement dit de l'adoptant, s'il n'est que son quasi enfant, son quasi parent, il n'est guère surprenant que les descendants de l'adopté ne soient en aucune façon des parents et des petits-fils.

Quant à l'argument tiré du décret du 1<sup>er</sup> mars 1808,

<sup>1</sup> M. Lyon-Caen. *Ibidem*.

on a fait remarquer que la législation des majorats ne peut, par cela même qu'elle est spéciale et exceptionnelle, être invoquée comme interprétation du droit commun<sup>1</sup>.

**122.** — Merlin et Demante enseignent, sur notre question, une doctrine intermédiaire<sup>2</sup> : ils refusent aux enfants de l'adopté nés *avant l'adoption* le droit de succéder à l'adoptant, mais l'accordent à ceux qui sont nés *postérieurement* à cet acte, par le motif que ces derniers portent le nom de l'adoptant. Cette distinction n'a aucune base, puisque nous venons de voir que l'identité du nom n'est d'aucune importance pour les vocations héréditaires, aussi doit-elle être rejetée sans hésitation.

De tout ce qui précède, je conclus que les descendants de l'adopté n'ayant pas de vocation héréditaire à la succession de l'adoptant il ne peut être question de leur donner une réserve sur sa succession.

**123.** — IV. *Enfant naturel reconnu* : L'enfant naturel reconnu a-t-il droit à une réserve sur la succession de ses père et mère naturels ?

Un ancien auteur Chabot et récemment M. Laurent répondent négativement. Il n'y a, disent-ils, d'autre texte qui établisse une réserve en faveur des enfants que l'art. 913 et cet article ne parle que des *enfants lé-*

<sup>1</sup> Demolombe. *Fr. adopt.* n° 131 et suiv. — Aubry et Rau *op. cit.* t. VI, § 660, note 6. — Hureau. *Traité du droit de succession* (1868), t. 1, p. 130-135. — Valette. *Explication sommaire du Code civil*, p. 196. Cet auteur s'était d'abord prononcé en sens contraire dans ses notes sur Proudhon). Lyon-Caen, *note sur l'arrêt* de la cour de Nancy 30 mai 1867. (Ser. 68, 2, 161. — Vernet, *op. cit.* p. 355. — Laurent, t. XII, p. 30, in fine et t. IX, n° 82 et suiv.

<sup>2</sup> Merlin. *Recueil alph. de quest. de droit*, v° Adoption § VII, p. 160. — Demante, *op. cit.* t. II, art. 350, v° 85, bis III.



*gitimes* ; si l'intention du législateur avait été de donner le même droit aux enfants naturels, c'est donc l'art. 913 qui aurait dû le dire, car après avoir établi une réserve pour les ascendants, il ajoute (art. 916) « à défaut d'ascendants et de descendants, les libéralités par actes entre vifs ou testamentaires pourront épuiser la totalité des biens. » De plus l'art. 338 porte que l'enfant naturel reconnu ne pourra réclamer les droits d'enfant légitime ; d'où la conséquence que l'enfant naturel ne peut se prévaloir des droits que la loi donne aux enfants légitimes. Il n'a d'autres droits que ce que la loi lui accorde. Ce même article ajoute : « Les droits des enfants naturels seront réglés au titre des successions. » Voilà une disposition restrictive qui empêche l'enfant naturel d'invoquer l'art. 913. En effet il y a deux titres qui traitent du droit héréditaire des enfants légitimes : le titre des successions détermine leurs droits dans le cas où le père n'a point fait de dispositions entre vifs et de testament ; le titre des donations entre vifs et des testaments protège le droit héréditaire des enfants, dans une certaine mesure contre les libéralités que le père fait, en lui donnant l'action en réduction contre les libéralités qui excèdent le disponible. Donc quand le législateur dit que les droits des enfants naturels sont réglés au titre des successions, il a entendu ne leur donner qu'un droit de succéder *ab intestat* ; il leur dénie le droit de réserve : car ce droit n'appartient pas à tous ceux qui sont appelés à la succession *ab intestat* ; il ne peut être réclamé que par ceux auxquels la loi le donne expressément. Et loin de trouver une disposition qui l'accorde aux enfants naturels, nous trouvons des dispositions qui la leur refusent implicitement. — En outre, lors-

qu'il s'agit du droit héréditaire, les enfants naturels ne peuvent invoquer que l'art. 756 ; or, ce texte se trouve dans le titre des succession *ab intestat*, et ce titre règle uniquement la transmission des biens dont le propriétaire n'a disposé ni entre vifs, ni à cause de mort ; donc la disposition de l'art. 756 n'est applicable qu'aux biens libres qui se trouvent dans la succession *ab intestat* ; donc, les droits qu'elle accorde aux enfants naturels ne peuvent être pris sur les biens dont les père et mère ont disposé à titre gratuit.

On ajoute que cette doctrine trouve un appui dans cette phrase du tribun Jaubert : « *Les enfants naturels ne pourraient-ils donc pas aussi réclamer la réduction des donations entre vifs ? Jamais ! La loi établit la réserve pour les enfants légitimes ; qui dicte de uno, negat de altero*<sup>1</sup>. » Enfin une dernière preuve dit-on que le législateur n'a pas songé à accorder une réserve aux enfants naturels, c'est que la loi ne dit pas un mot, ni du montant de cette réserve, ni des biens sur lesquels elle s'exerce, ni du conflit des droits de l'enfant naturel et des droits des réservataires légitimes<sup>2</sup>.

Il n'existe, à ma connaissance du moins, que deux décisions judiciaires en ce sens : un jugement du 27 novembre 1819 et un arrêt de la Cour de Rouen du 31 juillet 1820 qui le confirme. En voici l'espèce : Louis Bachelet, enfant naturel, décédé sans enfants légitimes, les droits qu'il prétendait lui être réservés par la loi, intenta une action en réduction contre Bachelet, la sœur du défunt, que celui-ci avait instituée légataire

<sup>1</sup> Fenet t. XII, p. 692.

<sup>2</sup> Chabot. *Commentaire sur la succession formant le titre I, du liv. troisième du Code civil*, t. II, 1818, p. 48. Laurent, *op. cit.* t. XII, p. 65.

universel, en alléguant que les dispositions de dernière volonté faite en sa faveur portaient atteinte à sa réserve. Le tribunal rejette sa prétention : « Attendu que de ce qu'à un droit héréditaire donné par la loi à l'enfant légitime, se trouve attaché un droit de réserve, sur les dispositions faites par le père ou la mère, on ne peut pas en conclure que ce droit de réserve se trouve également attaché, dans le silence de la loi, un droit bien différent et bien moins favorable qui est accordé à l'enfant naturel; qu'il est à remarquer que le Code civil contient deux titres séparés pour régler ce qui est relatif aux successions *ab intestat*, et ce qui est relatif aux donations et aux testaments; que dans le premier, le législateur s'est borné à déterminer les droits qu'auront sur les successions *ab intestat*, soit les parents légitimes, soit les héritiers irréguliers; que dans le second, il n'a accordé qu'aux enfants légitimes le droit de réserve et de réduction; que si le législateur avait réellement entendu accorder quelque réserve aux enfants naturels, il en aurait au moins fixé l'étendue, déterminé les effets et réglé l'exercice comme il l'a fait à l'égard des enfants légitimes; ce qu'il n'a pas fait<sup>1</sup>. »

**124.** — On peut dire qu'aujourd'hui la question n'est plus controversée. Tous les autres auteurs et une jurisprudence constante reconnaissent à l'enfant naturel le droit de réclamer une réserve sur les biens de leurs auteurs. M. Laurent lui-même avoue qu'il en devrait avoir une, en vertu de la loi naturelle qui sert de fondement à la réserve des enfants légitimes. « Ici il y a plus qu'analogie, dit-il, il y a identité des motifs : seulement

<sup>1</sup> Dalloz. *Répertoire de jurisprudence*, t. XLI, v<sup>o</sup> *succession* n<sup>o</sup> 307, note 1.

l'intérêt du mariage et par suite l'intérêt de la société demandent que les droits de l'enfant naturel soient moins étendus que ceux de l'enfant légitime<sup>1</sup>. »

Cette doctrine a pour elle tout d'abord l'esprit de la loi. Je rappelle que dans l'ancien droit le bâtard ne jouissait pas d'une légitime, puisque ce droit n'était attaché qu'au titre d'héritier, et que celui-ci ne succédait pas, au moins en principe, à ses auteurs. Il appartenait à la révolution, passionnée au début pour la justice et l'égalité, qui avait aboli les droits d'aubaine et de détraction, d'améliorer la part des enfants naturels. La convention, pour effacer toute distinction entre français et étrangers, disait que tous les peuples étaient frères. Elle vit dans la bâtardise une erreur du passé; aussi par une loi du 4 juin 1793 posa-t-elle en principe que les enfants, nés hors mariage, succéderont à leur père et mère dans la forme qui sera déterminée : La loi annoncée fut décrétée cinq mois après et décidait que tous les enfants nés hors mariage y compris les enfants incestueux, auraient les mêmes droits que les autres enfants, c'est-à-dire les enfants légitimes, sur la succession de leurs père et mère et de leurs parents collatéraux. « Dans un gouvernement basé sur la liberté, disait Cambacères, les individus ne peuvent être la victime des fautes de leur père. L'exhérédation est la peine des grands crimes : l'enfant qui naît en a-t-il commis ? Et si le mariage est une institution précieuse, son empire ne peut s'étendre jusqu'à la destruction de l'homme et des droits du citoyen. » Ainsi le législateur révolutionnaire assimila l'enfant naturel à l'enfant légitime. Le droit ancien avait été trop parcimonieux à son

<sup>1</sup> Laurent. *op. cit.* p. 70.

égard ; le droit intermédiaire fut prodigue. — En effet, d'une part il serait extrêmement rigoureux que l'enfant naturel fût dépourvu de tout droit successoral ; d'autre part l'honneur et l'encouragement dus au mariage, source de la famille, exigent entre le sort de l'enfant naturel et celui de l'enfant légitime une différence. Donc l'équité veut que le premier ne soit pas dépouillé : l'ordre public défend son assimilation à l'enfant légitime. Les rédacteurs du Code civil ont essayé de concilier ces deux principes en s'écartant des rigueurs de l'ancien droit et des largesses immodérées de la Convention. Ils ont accordé à l'enfant naturel une fraction des droits des enfants légitimes en lui refusant seulement la saisine et en l'obligeant par là à demander la délivrance de sa part ; mais cette circonstance exceptée, il n'existe aucune différence dans la nature du droit de l'enfant naturel et du droit de l'enfant légitime. Le législateur n'a pas pu ne pas sanctionner le droit successoral qu'il reconnaissait aux enfants naturels, car autrement, il aurait retiré d'une main ce qu'il accordait de l'autre, puisque le père ou la mère resterait libre de les priver de toute part dans leur succession en faisant des libéralités à des étrangers.

Je reconnais parfaitement qu'il faut un texte pour établir la réserve en faveur d'une personne, qu'on ne peut la créer par voie d'analogie ; mais il n'est pas moins vrai que les dispositions implicites de la loi ont la même force que les dispositions expresses. S'il n'existe pas un article qui dise formellement que les enfants naturels jouissent d'une réserve, nous en trouvons deux qui prouvent jusqu'à l'évidence l'existence d'un pareil droit à leur profit. — L'art. 757 accorde, à l'enfant naturel



reconnu, une fraction des droits qu'il aurait eus s'il eût été légitime, le tiers, quand il concourt avec des enfants légitimes, la moitié, quand il concourt avec des frères ou sœurs ou avec des ascendants, les trois quarts quand il concourt avec de simples collatéraux. Il a tous les droits qu'il aurait eus comme enfant légitime lorsque le défunt n'a laissé aucun parent au degré successible. Or, s'il eût été légitime, il aurait pu critiquer et faire réduire les libéralités excessives du défunt : il aurait eu droit à une réserve ; donc comme un enfant naturel, il doit avoir une fraction, c'est-à-dire le tiers, la moitié ou les trois quarts de ce droit et même ce droit tout entier, si le défunt n'a laissé aucun parent au degré successible : autrement son droit héréditaire ne serait pas de même nature que celui de l'enfant légitime.

L'art. 761 C. civ. suppose nécessairement l'existence d'une réserve au profit de l'enfant naturel. En effet, il permet aux père et mère de le réduire à la moitié de ce que la loi lui attribue ; il exige que l'enfant naturel reçoive cette moitié du vivant du père ou de la mère et que l'acte de donation contienne la déclaration expresse que l'intention du donateur est de le réduire à la portion qui lui est assignée. Dans le cas où cette portion est inférieure à la moitié de ce qui devrait lui revenir, l'enfant naturel ne pourra réclamer que le supplément nécessaire pour parfaire cette moitié. L'art. 761 a été écrit en vue du repos et la tranquillité de la famille : « une pareille donation, dit le tribun Siméon, est utile et pour le bâtard qu'elle fait jouir plus tôt, et pour la famille qu'elle débarrasse d'un créancier odieux<sup>1</sup>. » Elle est éminemment morale. Tel est le motif de l'art. 761 ;

<sup>1</sup> Locré. Code civil, t. X, p. 293.

le droit réservataire de l'enfant naturel en est la conséquence. Si le père naturel ne peut, en faisant une donation entre vifs à son enfant, lui faire subir qu'une réduction limitée, et s'il ne peut même pas lui faire subir cette réduction en faisant, à son profit, une disposition testamentaire, comment se pourrait-il qu'il eût le droit de le priver de sa part héréditaire tout entière, en épuisant son patrimoine par des donations entre vifs ou testamentaires au profit d'autres personnes ? Chabot lui-même, comme législateur, donne de l'art. 761 une explication qui implique virtuellement le droit réservataire de l'enfant : « Il était convenable, dit-il, de laisser aux pères et mères cette faculté qui retiendra les enfants dans les devoirs de la piété filiale <sup>1</sup>. » La nécessité d'une pareille faculté ne se comprendrait pas, si le père ou la mère pouvait déshériter l'enfant naturel par testament. Puis Chabot ajoute : « Mais aussi cette faculté devait avoir des limites, pour que les pères et mères n'eussent pas le pouvoir de priver entièrement les enfants naturels de leurs droits. » On ne saurait avouer d'une manière plus nette la réserve des enfants naturels.

D'ailleurs nous savons que les enfants naturels simples sont généralement mieux traités, par la loi, que les enfants adultérins ou incestueux, et cependant, si l'on ne conclut pas des articles 757 et 758 à l'existence d'une réserve, il en résultera que leur position sera plus dure que celle de ces derniers. En effet, supposons que le père a épuisé tout son patrimoine par des legs : si on ne reconnaît pas un droit de réserve à l'enfant naturel simple, celui-ci ne pourra rien réclamer de la

<sup>1</sup> Rapport au Tribunat. — Locré t. X, p. 249.

succession, pas même des aliments, car aucun texte du Code ne leur en accorde ; tandis que, dans la même hypothèse, les enfants adultérins auront, aux termes des art. 762, 763, 764, le droit d'en exiger sur les biens légués. « Si la loi avait voulu permettre, dit Vernet, que l'enfant naturel pût être dépouillé par des libéralités de son père ou de sa mère, elle aurait dû lui assigner pour ce cas des aliments, comme elle l'a fait pour les enfants adultérins ou incestueux. Elle ne l'a pas fait, parce qu'elle lui accorde une réserve <sup>1</sup>. »

C'est en vain que M. Laurent objecte l'art. 913. Si la réserve organisée par ce texte est formellement restreinte aux enfants légitimes, bien loin de pouvoir être facilement étendue aux enfants naturels, ce n'est pas que le législateur ait voulu rejeter la réserve de ces derniers, mais c'est parce que celle qui résulte pour eux de l'art. 757 n'avait pas besoin d'être ici déterminée, puisque la même disposition qui l'institue fixe, en même temps, sa quotité à une fraction de celle que l'enfant naturel aurait eue, s'il avait été légitime.

Sans doute, dans une matière aussi importante, il est regrettable que la loi ait gardé le silence sur le montant de la réserve, sur les biens sur lesquels elle s'exerce, sur le conflit des droits de l'enfant naturel et de ceux des réservataires légitimes. Mais de ce qu'il en résulte des difficultés pour la détermination de l'étendue de ce droit, faut-il conclure à son absence ? Les questions que soulève l'application de principe de la réserve, doivent être résolues par l'application et la combinaison des principes généraux du Code sur la réserve et sur les droits des enfants naturels dans la succession. — En

<sup>1</sup> Vernet. *op. cit.* p. 359.

vain, enfin, invoque-t-on les travaux préparatoires : l'argument tiré de la phrase prononcée par M. Jaubert au Tribunal, n'est guère concluant : Evidemment, le tribun n'admettait pas une réserve au profit de l'enfant naturel : mais quelle influence exerça son opinion sur les autres motifs du Tribunal et sur ceux du Conseil d'Etat, nous l'ignorons<sup>1</sup>.

**125.** — La réserve des enfants naturels étant admise, les mêmes difficultés que nous avons eues à résoudre à propos de la réserve des enfants adoptifs ont été soulevées par les mêmes auteurs, en ce qui touche les biens sur lesquels peut s'exercer la réserve.

Delvincourt se fondant sur les termes de l'art. 756 enseigne que la réserve de l'enfant naturel ne porte que sur les biens dont les père et mère étaient propriétaires au moment de leur décès, parce qu'aux termes de l'art. 756, l'enfant naturel n'a de droit que sur les biens de ses auteurs décédés, et qu'il ne peut, en conséquence, agir en réduction que contre les légataires et non contre les donataires entre vifs. « Il faut remarquer, dit-il, que l'art. 757 statue que le droit de l'enfant naturel est le même que celui de l'enfant légitime, il décide de suite et par la même disposition, qu'il ne pourra exercer ce droit que *sur les biens de ses père et mère décédés*, c'est-à-dire sur les biens appartenant à ses père et mère au moment de leur décès. Or, aux termes de l'art. 938,

<sup>1</sup> Voy. en ce sens : Toullier, *op. cit.* t. IV, p. 270, n° 263. — Troplong, *op. cit.* t. II, n° 774. — Louis Gros. *Recherches sur les droits successifs des enfants naturels*, 1875. — Loiseau. *Traité des enfants naturels, adultérins et incestueux*, M.DCCCXI, p. 677. — Richefort. *Traité de l'état des familles légitimes et naturelles et des successions irrégulières*, t. II, n° 342. — Demolombe, *op. cit.* n° 149. — Aubry et Rau, *op. cit.* t. VII, § 680. — Boissonade, *op. cit.* n° 717.

la donation entre vifs, revêtue de toutes les solennités requises transfère au donataire la propriété des objets donnés. Ces objets ont donc cessé d'appartenir au donateur : ils ne font point partie de ses biens au moment de son décès ; la réserve des enfants naturels ne peut donc les atteindre <sup>1</sup>. »

Cette restriction est arbitraire ; dans aucun article du Code on ne trouve le principe d'une telle distinction : l'enfant naturel a ou n'a pas de réserve : s'il en a une, ce sont les principes de la réserve ordinaire qui devront la régir. Si on admettait cette distinction, la réserve que nous avons reconnue appartenir à l'enfant naturel serait tout à fait illusoire, puisqu'au moyen de donations entre vifs ou d'institutions contractuelles, il pourrait en être privé. Bien plus, l'opinion de Delvincourt permettrait au père de violer ouvertement l'art. 761 qui veut que l'enfant naturel ne puisse être écarté de la succession qu'autant qu'il a reçu, par donation entre vifs, la moitié de ce qu'il aurait eu dans la succession *ab intestat*. Quant aux mots : « *sur les biens de ses père et mère décédés*, sur lesquels s'appuie cet auteur, le législateur a voulu dire seulement par là que l'enfant naturel n'avait un droit successoral sur les biens de ses père et mère qu'après leur décès. Delvincourt se récrie :

<sup>1</sup> Delvincourt, *op. cit.* t. II, p. 260.

Il y a un arrêt en ce sens : Pierre Laforest laissa deux enfants à son décès, l'un légitime, l'autre naturel reconnu. Celui-ci attaqua comme simulée une vente que son père avait consentie au profit de son fils légitime et prétendit que sa réserve devait se calculer tant sur les biens donnés entre vifs que sur tous les autres. Le tribunal de Montbrison rejeta la demande par jugement du 23 avril 1826, jugement qui fut confirmé par un arrêt de la cour de Lyon du 16 juillet 1828. (Sirey 1828, 2, 109).



« le législateur a donc dit une absurdité : une chose vaine ! » J'aime mieux voir dans l'art. 756 trois mots inutiles qu'un contre-sens : une loi qui accorderait une réserve et qui permettrait de l'anéantir par des dispositions gratuites, en retirant d'une main le droit tendu de l'autre, manquerait d'harmonie et oublierait que la réserve est indisponible. Toullier qui dans la première édition de son ouvrage avait embrassé l'opinion de Delvincourt, la rejette dans la cinquième édition : « Cette distinction, dit-il, entre les biens donnés entre vifs et les biens donnés par testament, nous paraît aujourd'hui sans fondement. Il est démontré qu'il y a contradiction évidente à soutenir que les enfants naturels ont une réserve sur les biens donnés par testament et qu'ils n'en ont point sur les biens donnés entre vifs<sup>1</sup>.

**126.** — Une autre distinction plus spécieuse est celle qui sépare les donations postérieures à la reconnaissance de l'enfant naturel de celles qui lui sont antérieures. A l'égard de celles-ci on refuse à l'enfant naturel le droit d'exercer son action en réduction, parce que, dit-on, ce n'est que par reconnaissance légale qu'il acquiert des droits à l'égard des tiers, et n'a dès lors rien à réclamer sur les biens dont ceux-ci étaient déjà « propriétaires incommutables » avant qu'il fût reconnu. Autrement la reconnaissance de l'enfant naturel troublerait des droits acquis et il dépendrait de la volonté du père de porter atteinte au principe de l'irrévocabilité des donations entre vifs<sup>2</sup>.

Cette distinction doit être également rejetée. Si le

<sup>1</sup> Toullier, *op. cit.* t. IV, p. 273, v<sup>e</sup> édit.

<sup>2</sup> Merlin. *Quest. de droit*, v<sup>e</sup> Réserve, sect. IV, § 9. — Toullier, *op. cit.* t. IV, n<sup>o</sup> 263. — Richefort, *op. cit.* n<sup>o</sup> 348. — Troplong, *op. cit.* 923. — Loiseau, *op. cit.* p. 691. — Dalloz. *Jurisprud.* t. XII, p. 325.

droit de l'enfant naturel est le même que celui de l'enfant légitime, et n'en diffère que par la quotité, il doit avoir le même champ d'action et atteindre les donations antérieures comme les donations postérieures. On objecte que l'action en réduction troublerait des droits acquis : Mais on pourrait en dire autant de la naissance d'un nouvel enfant ; ce qui n'a pas empêché le législateur d'admettre l'enfant survenu à réclamer sa réserve sur tous les biens de son père sans distinction. Toute donation est faite sous la condition qu'elle sera réduite, dans les limites du disponible, si lors du décès, il se trouve un réservataire quel qu'il soit. La personne qui reçoit une donation s'expose à une action en réduction éventuelle, mais comme elle le sait d'avance, puisque nul n'est censé ignorer le droit, aucun trouble ne peut se produire dans les droits qu'elle a acquis. En outre est-il exact de dire que l'enfant n'acquiert des droits à l'égard des tiers que par la reconnaissance ? Non. La reconnaissance n'est pas attributive d'état, mais simplement déclarative, et par conséquent ses effets remontent au jour même de la conception de l'enfant reconnu. Enfin, dit-on, permettre l'action en réduction contre les donations antérieures à la reconnaissance, c'est permettre au père de porter atteinte à l'irrévocabilité des donations entre vifs. Mais cette atteinte existe dans le cas de légitimation, d'adoption, car une jurisprudence qui ne se discute plus calcule la réserve de l'adopté sur tous les biens de l'adoptant et selon les règles de l'art. 922. Pourquoi la reconnaissance qui est toujours l'accomplissement d'un devoir impérieux aurait-elle moins de force que l'adoption, qui peut être la suite d'une pensée égoïste ? Craint-on la fraude ? Le re-

mède au danger, s'il existait, serait dans l'art. 339 Code civil qui permet à tout intéressé de contester la reconnaissance. L'opinion que je combats est arbitraire. Scindant l'art. 922, elle permet à l'enfant d'en invoquer une partie, mais lui refuse l'autre ; c'est l'art. 922 qu'elle invoque pour faire rentrer dans la succession les donations postérieures à la reconnaissance, mais ce même article y fait entrer aussi les donations antérieures. Le législateur n'a pas dit de la réduction des donations ce qu'il a dit de la révocation pour survenance d'enfant. S'il avait voulu refuser à l'enfant le droit de réduction des libéralités antérieures à sa reconnaissance, il n'aurait pas manqué de s'en expliquer. Son silence doit laisser intacte l'application du droit commun d'après lequel tout réservataire peut réclamer sa réserve sur les biens sortis par donations du patrimoine de son auteur quelle que soit l'époque de la libéralité.

**127.** — Il y a une hypothèse dans laquelle je refuse tout droit de réserve à l'enfant naturel. Un homme a un enfant naturel, il épouse une femme autre que la mère de cet enfant, puis il le reconnaît pendant le cours du mariage. Le législateur considère la reconnaissance faite dans ces conditions comme une violation de la foi promise. « Il ne faut pas, disait Bigot-Préameneu, que l'un des époux puisse changer après son mariage, le sort de sa famille légitime, en y appelant des enfants naturels qui demanderaient une part dans les biens : ce serait violer la foi sous laquelle le mariage a été contracté. Aussi l'art. 337, sans annuler cette reconnaissance, décide-t-il qu'elle ne pourra pas être opposée au conjoint ni aux enfants issus de ce mariage : en tant qu'elle pourrait lui nuire pécuniairement : « La recon-

naissance faite pendant le mariage, par l'un des époux, au profit d'un enfant naturel, qu'il a eu avant son mariage, d'un autre que de son époux, ne peut nuire ni à celui-ci ni aux enfants nés de ce mariage. » Il résulte de là, que si au décès de l'époux auteur de la reconnaissance, il existe des enfants légitimes issus du mariage, ils exclueront complètement l'enfant naturel de la succession de son auteur. Autrement la présence de l'enfant naturel nuirait aux autres enfants issus du mariage. Eh bien ! puisque cet enfant naturel n'est pas *héritier* dans ce cas et que pour prétendre à une réserve, il faut nécessairement être investi de cette qualité, il m'est impossible de lui accorder ce droit dans la succession de son auteur.

128. — Cependant M. Demolombe estime que cette conclusion est trop absolue et qu'une distinction doit être faite, suivant que l'auteur de la reconnaissance laisse seulement un ou deux enfants légitimes ou en laisse trois ou un plus grand nombre. Dans le premier cas, il ne serait pas exact de soutenir que l'enfant naturel ne peut pas réclamer de réserve. « Le de cujus, dit-il, a laissé par exemple un enfant légitime, un légataire universel et 18,000. L'enfant légitime sans doute a droit à une réserve de la moitié, soit 9,000 fr., parce que l'enfant ne peut pas se prévaloir contre lui de la reconnaissance. Mais à l'encontre du légataire universel, cette reconnaissance peut au contraire produire des effets, et l'enfant naturel est fondé à demander que la quotité disponible soit calculée en ce qui le concerne, d'après la vérité du fait, c'est-à-dire eu égard aux droits de réserve d'un enfant légitime et d'un enfant naturel; ou la réserve de l'enfant naturel serait dans ce cas du

tiers, de 6,000 fr., soit 2,000 fr. ; donc le légataire universel ne peut réclamer que 8,000 fr., comme quotité disponible, et l'enfant naturel aura, pour sa réserve, 4,000 fr. Ce n'est donc, continue M. Demolombe, que dans le cas où l'auteur de la reconnaissance laisserait trois enfants légitimes ou un plus grand nombre que l'enfant naturel n'aurait pas de réserve ; car la quotité disponible était alors invariablement fixée au quart des biens, on ne pourrait lui en attribuer une part quelconque, soit au préjudice du légataire universel, sans violer l'article 913, soit au préjudice des enfants légitimes, sans violer l'art. 337<sup>1</sup>. »

Sans doute, à ne considérer que l'équité et l'intérêt des enfants légitimes, la distinction de M. Demolombe peut paraître irréfutable, car il est bien certain que dans ces conditions, l'exercice de ses droits par l'enfant naturel ne pourra nuire aux enfants nés du mariage. Mais il ne s'agit pas de cela ; ce dont il s'agit, c'est de savoir si en présence des termes de l'art. 337 qui écarte l'enfant naturel de la succession de son auteur, qui lui enlève sa vocation héréditaire, celui-ci garde néanmoins son droit à la réserve ; or, ramenée à ces termes, il me semble évident que la distinction de M. Demolombe n'a plus aucun fondement, puisque, encore une fois, il faut être héritier avant d'être réservataire : *prius esse quam esse tale*.

La même raison me conduit à donner une solution analogue pour le cas où l'époux dont émane la reconnaissance, ne laisse lors de son décès aucun parent au degré successible : dans cette hypothèse son conjoint

<sup>1</sup> Demolombe. *Donat. et test.* t. II, n° 103, p. 254. — Voy. aussi son *Traité de la paternité et de la filiation* n° 474, p. 453.



aura droit à toute la succession à l'exclusion de l'enfant naturel, car si celui-ci pouvait conformément au droit commun (art. 767) recueillir la succession par préférence au conjoint, sa reconnaissance nuirait au conjoint, ce que ne permet pas l'art. 337<sup>1</sup>. Donc, puisque l'enfant naturel, n'est pas, dans ce cas héritier, appelé à la succession de son auteur, aucun droit de réserve ne saurait lui appartenir.

Enfin l'enfant naturel reconnu dans les conditions déterminées par l'art. 337 ne pourra pas, en invoquant son droit de réserve sur les biens de son auteur décédé, faire réduire les donations que celui-ci a faites à son conjoint par le contrat de mariage, autrement la reconnaissance de l'enfant naturel nuirait au conjoint<sup>2</sup>.

**129.** — Puisque la loi « en cas de prédécès de l'enfant naturel » appelle ses enfants ou descendants légitimes à « réclamer les droits fixés par les articles précédents, » c'est-à-dire leur reconnaît une vocation héréditaire, j'en conclus à l'existence d'une réserve à leur profit, sans distinguer s'ils viennent à la succession de leur chef ou par représentation. — Cependant certains auteurs ont prétendu, en s'appuyant sur les mots « *en cas de prédécès* » qui se trouvent au commencement de l'art. 759 que les descendants de l'enfant naturel ne sont appelés que par représentation de ce dernier à la succession de son père ou de sa mère, et qu'ils ne peuvent y préten-

<sup>1</sup> Aubry et Rau, *op. cit.* t. VI, § 568, *quater* p. 184. — Demolombe. *Tr. de sa paternité* n° 475. — Valette *sur* Proudhon, *op. cit.* t. II, p. 146, note A. — Marcadé, *op. cit.* sur l'art. 337, n° 2. — Allemand. *Du mariage*, t. II, p. 851.

<sup>2</sup> Aubry et Rau, *loc. cit. supra*, texte et note et les autorités qu'ils citent.

dre de leur chef, lorsque l'enfant naturel a renoncé à l'hérédité ou lorsqu'il en a été exclu pour cause d'indignité ; d'où la conséquence que dans cette dernière hypothèse, la réserve doit leur être refusée <sup>1</sup>.

Sans doute, cette conséquence serait logique, si le point de départ de cette opinion était exact. Mais il n'en est rien. Si la loi parle du *prédéces de l'enfant naturel*, c'est qu'elle prévoit le cas le plus fréquent, le plus normal : ordinairement c'est par la mort du père qu'on vient à la succession de l'aïeul, la renonciation, l'indignité sont exceptionnelles, le législateur a statué ici sur le *plerumque fit*. D'ailleurs ce qui ruine complètement l'opinion de ces auteurs, c'est l'observation suivante : pour venir à une succession par représentation, il faut avoir l'aptitude personnelle requise pour y arriver de de son propre chef, car en définitive c'est le représentant qui hérite. En appelant les descendants de l'enfant naturel prédécédé à représenter leur père, la loi leur reconnaît donc implicitement l'aptitude personnelle à succéder au défunt. C'est précisément parce qu'on les reconnaissait capables de succéder *proprio jure* à leur aïeul, qu'on leur a permis de venir par représentation. Je conclus que la distinction proposée doit être rejetée et que les descendants d'un enfant naturel indigne ou renonçant peuvent venir de leur chef à la succession du défunt et qu'une réserve existe même dans ce cas, à leur profit<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Chabot sur l'article 759, n° 2 et 4. — Poujol sur l'art. 759, n° 1. — Vazeille sur l'art. 759, n° 2. — Zachariæ § 605, note 15. — Toullier, *op. cit.* t. II, n° 254. — Duranton, *op. cit.* t. VI, n° 294. — Marcadé sur l'art. 759, n° 1. — Dalloz. *Rép. alph.* Succession n° 347. — Laurent, t. IX, n° 127.

<sup>2</sup> Auby et Rau, *op. cit.* t. VI, § 505, p. 331. — Demolombe. *Tr. des*

**130.** — Les descendants naturels de l'enfant naturel reconnu ont-ils un droit de succession sur les biens délaissés par le père ou la mère de ce dernier, et par suite une réserve?

Duranton, Favard, Malleville, Delvincourt enseignent l'affirmative<sup>1</sup>. Ils font remarquer que l'art. 759 est général, qu'il ne distingue point entre les enfants légitimes et les enfants naturels, que *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Ils ajoutent qu'au Conseil d'Etat, le consul Cambacères ayant demandé « si l'enfant naturel du bâtard jouira du bénéfice de cet article », répondit à Berlier qui ne pensait pas que l'article pût s'appliquer à un tel enfant, « que quoique l'enfant naturel ne soit pas héritier, il a cependant droit à un tiers d'une part héréditaire dans la succession de son père. L'article transmet ce droit à ses descendants ; or, s'il n'a que des enfants naturels, ils auront un neuvième dans la succession de leur aïeul<sup>2</sup>. » Personne, dit Duranton, pas même M. Berlier, n'a répondu à Cambacères, ce qui ne prouve pas certainement qu'on ne voulait avoir aucun égard à son observation, car alors il eût fallu le combattre par quelque raison, mais ce qui prouve bien évidemment, au contraire qu'en adoptant de suite l'article, on a entendu l'adopter d'après l'interprétation que lui

*successions*, t. II, n° 86, p. 131. — Ducaurroy, Bonnier et Raustain, *op. cit.* t. II, p. 354. — Demante, *op. cit.* art. 759, n° 78, bis. 4. — Feuguerolles, *consultation* insérée dans Dalloz (1842, 2, 129. — Duvergier *sur* Toullier, t. II, n° 359, note 1. — Taulier *op. cit.* t. III, p. 187. Vernet, *p. cit.* page 536.

<sup>1</sup> Duranton, *op. cit.* t. VI, n° 295. — Favard. *Répertoire* v° succession § 1, n° 44. — Malleville *sur* l'art. 159. — Delvincourt. *op. cit.* t. II, p. 259, note 1.

<sup>2</sup> Fenet, *op. cit.* t. XII, p. 30.

donnait M. Cambacères. C'était un point assez susceptible de contestation pour que ceux qui n'auraient pas partagé son sentiment se donnassent au moins la peine de lui répondre ; mais précisément personne ne l'a fait, et c'est bien le cas de l'adage : *qui ne dit rien consent.* »

Cette opinion est inadmissible. Dire, en effet que l'art. 759 s'applique aux enfants naturels d'un fils illégitime ce serait leur reconnaître un droit direct et immédiat sur les biens des parents de leur père ou de leur mère et par suite violer ouvertement l'art. 756 qui repousse formellement les enfants naturels de la succession des parents de leur père ou de leur mère et auquel on ne trouve, dans le Code, aucune dérogation, ni expresse, ni tacite. D'ailleurs comment admettre que le législateur ait voulu consacrer un système aussi monstrueux que celui qui reconnaîtrait à l'enfant naturel d'un fils illégitime plus de droit qu'à celui d'un enfant légitime. — En outre, remarquons que si l'art. 759 s'appliquait aux descendants naturels de l'enfant naturel, ils ne pourraient réclamer, de l'aveu même de nos adversaires qu'un quote part de la portion qui serait revenue à leur auteur ; or, l'ar. 759 autorise les descendants qu'il a en vue à exercer *les mêmes droits* que ce dernier et à exiger toute la part qu'il aurait recueillie s'il n'était pas indigne, renonçant ou décédé. L'art. 759 n'a donc été fait que pour la descendance légitime de l'enfant né hors mariage. — Quant à l'argument tiré de la discussion du Conseil d'Etat on peut dire que si la proposition de Cambacères avait été admise, on l'eût développée ou du moins comme elle renfermait une exception à la règle générale de l'art 756, on eût songé à lever l'équivoque des expressions employées par l'art. 759 qui n'avait pas

été rédigé sous l'influence de la même pensée et qui venait d'être l'objet d'une explication contradictoire ; qu'enfin même en admettant pour un instant, que la proposition de Cambacères a été acceptée par le Conseil d'Etat, comme elle n'a pas été convertie en loi, elle ne peut prévaloir sur le principe fondamental contenu dans l'art 756<sup>1</sup>.

**131.** — V. *Enfants adultérins ou incestueux*. Si la loi reconnaît une réserve au profit de l'enfant naturel simple, il n'en est plus de même des enfants *adultérins ou incestueux*. Lorsqu'il s'est agi de ceux-ci les rédacteurs du Code devaient se montrer plus rigoureux et punir sévèrement une atteinte aussi directe à la morale et aux lois de la nature. Ils devaient, tout en flétrissant comme elle le mérite, la conduite honteuse des père et mère, ne pas laisser sans secours l'enfant innocent qui ne peut être responsable des fautes commises par ceux qui lui ont donné le jour. Frappant sans pitié les seuls coupables, la loi, dans les articles 331 et 342 refuse au père et à la mère le droit de reconnaître leur enfant. Se montrant plus indulgents pour les enfants adultérins ou incestueux, elle leur refuse même la qualité de successeurs, mais elle leur accorde des aliments dans l'art. 762 qui est ainsi conçu : « les dispositions de l'art. 757 ne sont pas applicables aux enfants adultérins ou incestueux<sup>2</sup>. » Le droit de l'enfant adultérin ou incestueux

<sup>1</sup> Demante, *op. cit.* t. IV, n° 78, bis II. — Aubry et Rau, *op. cit.* § 605, note 17, p. 330.

<sup>2</sup> Demolombe, *op. cit.* n° 88, p. 135. — Toullier, *op. cit.* t. IV, n° 257. — Paulier, *op. cit.* t. III, p. 187. — Loiseau, *op. cit.* p. 664. Marcadé, *op. cit.* sur l'art. 759, n° 1, p. 147, t. III. — Dalloz, *Jurisp.* n° 346, p. 242. — Vernet, *op. cit.* p. 537. — Vazeille sur l'art. 759, n° 1. — Poujol sur l'art. 759, n° 2. — Massé et Vergé sur Zachariæ,



n'est donc qu'un simple droit de créance ; ils ne sont que créanciers d'une dette d'aliments, ils ne succèdent pas à leurs père et mère et dès lors, aucune réserve ne saurait exister en leur faveur. Le montant des aliments déterminé par les tribunaux, eu égard, dit l'art. 763, « aux facultés du père ou de la mère, au nombre et à la qualité des héritiers légitimes, doit être pris sur les seuls biens existants dans la succession, sans jamais pouvoir être réclamé contre les donations entre vifs du défunt. — Notons que ce droit aux aliments n'existe pas dans tous les cas au profit de l'enfant adultérin ou incestueux. Il ne peut élever aucune réclamation contre la succession, si son père ou sa mère lui a fait apprendre un art mécanique, ou lorsque l'un d'eux lui a assuré une pension de son vivant, ou enfin lui a procuré, soit un établissement commercial soit une profession libérale, pourvu bien entendu que cet art mécanique, cet établissement, cette profession suffise à ses besoins et pourvu aussi qu'une infirmité, qu'un accident ne l'ait pas réduit à l'impuissance de profiter des moyens d'existence que son père ou sa mère avait mis à sa disposition.

**132.** — VI. *Enfants absents.* Les enfants ont-ils droit à une réserve ? Il suffit de lire l'art. 136 Code civil, pour répondre à cette question : « Si une succession s'ouvre, nous dit cet article, à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut. L'absent n'a donc pas droit à une réserve et cela

t. II, p. 277, note 19. — Belost Jolimot obs. 1. — Ferd. Mackeldey. *Théorie der Erbfolgeordnung*, (cité par MM. Aubry et Rau), p. 400.

sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il s'agit d'une absence présumée ou déclarée. La réserve est, en effet, une succession *ab intestat* ; or pour succéder, il faut être vivant lors de l'ouverture de la succession. Comme à cette époque, une présomption de décès pèse sur l'absent, il est considéré comme n'existant pas, et il est bien certain alors que ses enfants ou descendants peuvent le représenter quant aux successions ouvertes depuis son absence, et ont par conséquent le droit de demander la réserve qui lui était garantie.

133. — VII. *Enfants nés d'un mariage putatif*. Enfin, les enfants nés d'un mariage putatif ont droit à une réserve puisque ce mariage déclaré nul produit tous ses effets civils à l'égard des enfants.

En résumé ont droit à une réserve les enfants et descendants légitimés, adoptifs, naturels reconnus ou légalement tenus pour reconnus, leurs descendants légitimes ou légitimés, les enfants nés d'un mariage putatif ; n'y ont point droit au contraire, les descendants de l'adopté, l'enfant naturel dans l'hypothèse de l'art. 337, les descendants naturels de l'enfant naturel, les enfants adultérins ou incestueux et l'absent.

## CHAPITRE DEUXIÈME

### DES ASCENDANTS QUI ONT DROIT A UNE RÉSERVE

SOMMAIRE : 134. I. *Ascendants légitimes*. — 135. Ascendants de l'enfant *légitimé*. — 136. II. *Adoptant*. L'adoptant n'a pas de réserve dans la succession de l'adopté. — 137. III. *Ascendants naturels*. Les père et mère naturels ont-ils droit à une réserve ? La négative enseignée par la majorité des auteurs et admise par la jurisprudence. — 138. Etablissement du système contraire. — 139. La réserve n'appartient pas aux ascendants des père et mère naturels. — 140. La réserve n'existe pas en faveur des père et mère adultérins ou incestueux. — 141. La réserve n'appartient qu'à ceux des parents en ligne directe qui viennent à la succession. — Les ascendants ont droit à la réserve l'art. 915, alors même qu'ils ne viennent à la succession que par suite de la renonciation ou de l'indignité des premiers appelés. — 142. Système de MM. Aubry et Rau. — 143. Réfutation. — 144. — Application de ce principe au cas où le défunt laisse des frères et sœurs, des ascendants autres que les père et mère et un légataire universel : Trois systèmes : 145. Etablissement du premier système suivant lequel les ascendants ont droit à une réserve au moment même du décès, alors même que les frères et sœurs ne renonceraient pas. — 146. Etablissement du second système suivant lequel les ascendants n'ont jamais aucun droit à une réserve. — 147. Réfutation de ces deux systèmes et exposé du troisième suivant lequel le droit des aïeuls et aïeules ont à réserve dépend de la renonciation des frères et sœurs à leur droit héréditaire. — 148. Distinction de M. Ragon.

**134.** — *Ascendants légitimes*. A défaut de descendants l'art 915 accorde une réserve aux ascendants, en ces

termes : « Les libéralités par actes entre vifs ou par testament ne pourront excéder la moitié des biens, si, à défaut d'enfants, le défunt laisse un ou plusieurs ascendants dans chacune des lignes paternelle et maternelle et les trois quarts, s'il ne laisse d'ascendants que dans une ligne. »

Nous avons vu, dans la première partie de ce travail qu'à Rome une légitime était due aux ascendants et je rappelle la raison qu'en donnait Papinien : « *Nam etsi parentibus non debetur filiorum hæreditatis propter votum parentum et naturalem ergo filios charitatem : turbato enim ordine mortalitatis, non minus parentibus, quam liberis pie relinqui debet* <sup>1</sup>. Le droit coutumier, s'écartant du droit romain, refusait, en général, une légitime aux ascendants. « C'était, dit Troplong, oublier les devoirs et les droits qui résultent des rapports intimes entre le père et mère et leurs enfants <sup>2</sup>. » Le motif qui explique l'existence, dans le Code Civil, d'une réserve au profit des ascendants, nous le trouvons dans le rapport que fit le Tribunat à la suite de la communication officieuse du projet du Code. « Le respect dû aux ascendants et qui doit se manifester jusqu'au dernier acte de la vie, exige encore qu'ils ne puissent recevoir l'outrage d'un oubli dans les dernières dispositions de leur enfant <sup>3</sup>. » *Honora patrem et matrem ut longævus sit*. Ne serait-il pas monstrueux de voir des enfants, en laissant dans la misère les auteurs de leurs jours, vieux et peut-être infirmes, enrichir des personnes étrangères par des libéralités excessives ? « Il serait bien malheureux, disait

<sup>1</sup> Loi 15, pr. *Dig. de inof. testa.*

<sup>2</sup> Troplong, *op. cit.* n° 799.

<sup>3</sup> Fenet, t. XII, p. 444.

fort bien. M. Jaubert au Tribunal, celui qui aurait besoin d'être contraint par la loi à laisser aux auteurs de ses jours des témoignages de sa piété filiale. Mais si un enfant s'était laissé aller à cet excès d'ingratitude de méconnaître son obligation naturelle et civile, ou si ne prévoyant pas l'intervention du cours ordinaire de la nature, il disposait de tous ses biens, la loi veille pour les ascendants, elle établit pour eux une réserve <sup>1</sup>. Que les enfants soient obligés de laisser à leurs ascendants une portion de leurs biens, c'est donc un devoir que la nature et la reconnaissance leur imposent d'accord avec la loi <sup>2</sup>. »

**135.** — La réserve que l'art 915 attribue aux ascendants n'appartient pas seulement aux ascendants légitimes mais aussi aux ascendants de l'enfant légitimé par le mariage de ses père et mère. C'est un point incontestable sur lequel il est inutile d'insister, puisqu'aux termes de l'art. 330 C. civ. la loi assimile l'enfant naturel légitimé à l'enfant né dans le mariage.

**136.** — II. *Adoptant.* Une solution contraire doit être donnée lorsqu'il s'agit de l'adoptant. Les droits de celui-ci me paraissent avoir été assez expressément déterminés pour que nous ne croyions pas pouvoir en ajouter. D'après les articles 351 et 352 les ascendants adoptifs ne sont pas, en effet, appelés à la succession, de leur enfant adopté, et ne peuvent recueillir dans cette succession que les choses par eux données qui s'y trouveront en nature et seulement dans le cas où cet enfant ne laisserait pas lui-même une descendance légitime. Ces dispositions montrent clairement que le droit du père

<sup>1</sup> Fenet, t. XII, p. 586.

<sup>2</sup> Fenet, t. XII, p. 627.



adoptif serait complètement anéanti si l'adopté avait disposé de ce qu'il avait reçu ; le père adoptif n'est donc pas un vrai successeur et par conséquent ne peut prétendre à aucune réserve.

**137.** — III. *Ascendants naturels.* Une question des plus délicates est celle de savoir si les père et mère naturels ont droit à une réserve dans la succession de leur enfant naturel reconnu. Aujourd'hui la Cour de cassation et un grand nombre d'auteurs d'une valeur incontestable admettent la négative, et présentent à l'appui de leur opinion des arguments qui sont assurément très graves.

« La réserve, dit M. Laurent, est une exception que la loi fait aux droits qui résultent de la propriété. Aux termes de l'art. 544, la propriété est le droit de disposer des choses de la manière la plus absolue. De là suit que cette faculté qui constitue l'essence de la propriété ne peut être paralysée dans son exercice, ni limitée dans son étendue, si ce n'est par des lois expresses qui refusent dans de certains cas au propriétaire le droit de disposer de sa chose, ou restreignent la mesure dans laquelle il peut l'exercer. Ces restrictions sont par leur nature de la plus stricte interprétation, car elles limitent l'exercice d'un droit qui est le fondement de l'ordre civil et par suite, de l'ordre social. Le législateur a soin de marquer lui-même que ce n'est que dans les cas prévus par la loi qu'il peut être porté atteinte au droit du propriétaire. Ainsi, en matière de réserve, l'art 921 statue que la réduction des dispositions qui excèdent la quotité disponible ne peut être demandée que par ceux au profit desquels la loi fait la réserve, La question que nous examinons est donc de savoir s'il y a une loi qui

impose à l'enfant naturel une restriction pareille dans l'intérêt de ses père et mère et qui donne à ceux-ci le droit d'agir en réduction.

« L'article 765 est la seule disposition du Code qui parle des père et mère naturels : il les appelle à la succession de l'enfant qu'ils ont reconnu, mais cet article est placé au chapitre des *Successions irrégulières* ; il confère donc aux père et mère naturels un droit de succession *ab intestat* ; or, le droit de succession *ab intestat* n'implique pas le droit de réserve. De ce que les père et mère sont successeurs irréguliers, on ne peut donc pas induire qu'ils soient réservataires. Ce qui prouve que la loi suit d'autres règles pour la réserve que pour la succession *ab intestat*, c'est que les ascendants légitimes, autres que les père et mère ont une réserve, quoique la loi préfère, dans la succession *ab intestat*, les frères et sœurs, tandis qu'elle ne donne pas de réserve aux frères et sœurs. Il faut donc une disposition expresse pour donner une réserve ; même aux plus proches parents légitimes. Notre question revient : Y-a-t-il un article du Code qui accorde une réserve aux père et mère naturels ? Non<sup>1</sup>. » L'art. 915 qui détermine la réserve des ascendants ne s'applique nullement aux père et mère naturels. Les expressions de l'article 913 dont il n'est que le complément, montrent de la manière la plus claire que les droits réglés ici par la loi sont ceux de la famille légitime et les termes de l'art. 915 lui-même ne laissent pas de doute à cet égard puisqu'il prévoit un concours d'ascendants dans les lignes paternelles et maternelles et des collatéraux qui ne saurait exister dans la succession d'un enfant naturel. « Il

<sup>1</sup> Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XII, p. 86 et suiv.

est vrai que quoique l'art. 943 n'attribue en termes exprès une réserve qu'aux descendants légitimes, on reconnaît néanmoins un pareil droit à l'enfant naturel, mais pourquoi ? C'est qu'il y a d'autres textes qui implicitement le lui confèrent, art. 757 et 761 ; or, ici nous ne trouvons aucun texte qui ait établi d'aucune manière, ni explicite, ni tacite une réserve au profit des père et mère naturels, et pas de réserve sans un texte de loi. C'est en vain qu'on allègue que, par cela même qu'une réserve est attribuée à l'enfant naturel, on doit par réciprocité, en accorder une à ses père et mère ; ce qui prouve que le législateur n'a nullement eu l'intention de consacrer cette réciprocité c'est qu'on ne voit dans le Code aucune disposition à l'aide de laquelle on puisse fixer le montant de la réserve des père et mère naturels à moins qu'on ne veuille leur accorder une réserve à celle des père et mère légitimes ; or, on ne pourrait admettre cette assimilation qu'en s'écartant du principe de la réciprocité, puisque la réserve des enfants naturels est presque toujours inférieure à celle des enfants légitimes. D'ailleurs c'est bien à tort qu'on veut voir dans la réciprocité une règle générale relativement à la successibilité et au droit de disposition. A l'égard de la famille légitime, par exemple, la représentation n'est-elle pas admise dans la ligne descendante et prescrite dans la ligne ascendante ? La qualité de réservataire dont jouissent toujours les descendants, ne cessent-elles pas d'appartenir aux ascendants dans le cas où ils ne sont pas appelés à la succession ? et le montant de la réserve n'est-il pas généralement plus considérable pour les descendants que pour les ascendants ? d'un autre côté, le droit d'hérédité et de réserve qui ap-

partient à l'adopté dans la succession de l'adoptant n'est-il pas refusé à celui-ci dans la succession de l'adopté? Il y a plus: le défaut de réciprocité se fait remarquer dans l'ordre même de succéder que la loi établit relativement à l'hérédité de l'enfant naturel et à celle de ses père et mère. Ainsi lorsqu'un enfant naturel décède sans postérité, sa succession, aux termes de l'article 765 C. Civ., est dévolue en entier aux père et mère qui l'ont reconnu; tandis que cet enfant, d'après l'art. 758 n'a droit à la totalité des biens de ses père et mère décédés qu'autant que ceux-ci ne laissent pas de parents au degré successible<sup>1</sup>.»

**138.** — Quelque autorisée que soit cette opinion j'essayerai néanmoins de la combattre. Merlin, se demandant si les père et mère naturels ont droit à une réserve, répond: « l'affirmative nous paraît sans difficulté<sup>2</sup>. » Je crois que cette opinion est mieux fondée et je prétends qu'elle a pour elle le texte et l'esprit de la loi.

Les termes de l'art. 915 sont en effet *absolus*. Ce texte crée l'indisponibilité d'une quote part de la succession

<sup>1</sup> Voy. en ce sens: Malpel. *Traité élémentaire des successions ab intestat*, n° 167. — Chabot *sur l'art. 765*, n° 5, t. II, p. 331. — Delvincourt, t. II, p. 313 et 273. — Marcadé, *op. cit.* t. III, sur l'art. 915, n° 3. — Saintespes-Lescot, *op. cit.* t. II, n° 353. — Demante *op. cit.* t. IV, n° 51, bis. — Aubry et Rau, *op. cit.* t. VII, § 680, texte et note 4. — Demolombe. *Tr. des Donat.* t. II, n° 184. — Beauteemps-Beaupré, *op. cit.* t. I, n° 204. — Vernet, *op. cit.* p. 349. — Boissonade *op. cit.* p. 730. — Cour de Nîmes, 11 juillet, (affaire *Ville*). — Douai, 5 déc. 1840, (aff. *Regnier*). Sir. 1841, 2, 425. — Paris 18 nov. 1854 (aff. *Camus*). Sir. 54, 2, 663. — C. Cas. 26 déc. 1860. Dalloz (61, 1, 21). — Cass. 29 juin 1862, aff. *Bonnefoi*. Dalloz 1862, 1, 88. Cas. Ch. ré, 1865, 12 déc. Dalloz 1865, 1, 457. — Bourges 18 déc. 1871, (aff. *Martin*). Dalloz 1872, 2, 429. Voy. le rapport du conseiller Langle Sirey, 66, 1, 73.

<sup>2</sup> Merlin. *Répert. v° Réserve*, sect. IV, n° XX, p. 227.

vis-à-vis de *tous* les ascendants *sans distinction*; et suivant le principe élémentaire d'interprétation, là où la loi ne distingue pas, nous ne devons pas non plus distinguer.

Le rapprochement de l'art. 915 de l'art. 913 me fournit un argument excellent en faveur de ma manière de voir. Il est certain, en présence des termes restrictifs de l'art. 913 que ce texte ne s'applique qu'aux enfants légitimes. Dans le projet de loi communiqué officiellement au Tribunat l'art. 21, correspondant à l'art. 913 Cod. civil, ne contenait pas le mot *légitime*. La réserve de l'enfant naturel, fixée à une portion de celle de l'enfant légitime résultait implicitement de l'art. 757 (art. 47 du projet)<sup>1</sup>, or, comme on aurait pu soutenir en présence des termes absolus de l'art. 21 que l'enfant illégitime restreint la libre disposition du père dans la même mesure qu'un descendant né dans le mariage, pour écarter la contradiction qui naissait ainsi du rapprochement des articles 47 et 21, on ajouta dans ce dernier, le mot *légitime*. Lorsqu'il s'est agi des parents naturels, comme leurs droits ne sont pas basés sur ceux des père et mère légitimes, il fallait choisir entre deux modes, si on voulait leur étendre le bienfait d'une réserve : ou bien rédiger pour eux un article spécial, ou accorder une réserve à tous les ascendants sans distinction ; c'est ce qu'on fit. Si l'art. 915 devait s'appliquer exclusivement aux ascendants légitimes, le législateur n'aurait pas manqué d'ajouter le mot *légitimes*, d'autant plus que la rédaction de l'art. 915 pouvait donner lieu à la même interprétation qu'on a précisément voulu éviter dans l'art 913. L'absence du mot

<sup>1</sup> Fenet, t. XII, p. 115.



*légitimes* révèle toute la pensée du législateur : l'art. 915 ne contient pas cette expression parce qu'il a en vue non seulement les ascendants légitimes mais aussi le père et la mère naturels. — Nos adversaires insistent pourtant et disent que ce qui prouve que l'art. 915 ne peut s'appliquer qu'aux ascendants légitimes c'est que d'une part, il prévoit une pluralité d'ascendants et d'autre part, un concours de ces derniers avec les collatéraux, choses évidemment impossibles pour un enfant naturel. — Je réponds en faisant remarquer d'abord que l'art. 915 dit *un* ou plusieurs ascendants ; le père ou la mère naturels sont compris sous cette expression *un ascendant* ; ensuite je fais remarquer que ce texte contient deux parties : dans la première le législateur pose un principe général ; dans la seconde il en fait une application ; dans la première, il indique quels sont les ascendants qui ont droit à une réserve ; dans la seconde il règle une hypothèse qui peut avoir lieu lorsqu'il s'agit de la réserve des ascendants légitimes ; de sorte qu'il n'est pas exact de dire que cet article exclut implicitement les père et mère naturels.

D'ailleurs l'art. 916, C. civ. n'est pas moins explicite, puisqu'il dispose que, à défaut d'*ascendants ou de descendants* les libéralités par actes entre vifs ou testamentaires pourront épuiser la totalité des biens. En effet, il est évident que le mot *descendants* employé d'une manière générale embrasse incontestablement les enfants naturels comme les enfants légitimes : pourquoi, dès lors, le mot *ascendants* aurait-il une signification restreinte : on ne comprend guère que tandis que le mot *descendants* aurait un sens large, le mot *descendants*, dans la même phrase, aurait une portée limitée. On est donc

dans l'erreur lorsqu'on dit qu'aucun texte n'établit de réserve au profit des père et mère naturels.

En outre, si l'on admet que l'enfant naturel reconnu peut prétendre à une réserve, c'est parce que l'art. 757 lui accorde sur la succession de ses père et mère une fraction des droits qu'il aurait eus s'il eût été légitime : eh bien, l'art. 765 va plus loin, il *assimile* au point de vue successoral les père et mère naturels aux père et mère légitimes ; il porte en effet : « La succession de l'enfant naturel, sans postérité, est dévolue au père ou à la mère qui l'a reconnu ou par moitié à tous les deux, s'il a été reconnu par l'un et par l'autre. » Il faut donc par identité de raison reconnaître l'existence d'une réserve au profit du père ou de la mère naturelle. « Il est bien plus facile, a dit fort bien le conseiller rapporteur M. Mesnard, dans l'affaire Rothberg, à l'aide de texte d'établir la réserve des père et mère naturels que celle des enfants. Pour ces derniers il a d'abord fallu faire un droit successoral de la créance ou du droit qui leur était attribué sur les biens de leurs père et mère ; puis ce droit successoral reconnu, on y a attaché les prérogatives de la réserve. Le procédé est plus simple en ce qui touche les père et mère naturels puisque l'art. 765 C. civ. leur attribue nettement la *succession* de leur enfant décédé sans postérité. Ainsi la loi les proclame héritiers, et il devient aisé de placer le droit héréditaire sous la protection de l'art. 915 applicable à tous les ascendants qui succèdent<sup>1</sup>. »

Mais on se récrie : la réserve des père et mère naturels sera la même que celle des père et mère légitimes ? ! Eh oui ; et pourquoi pas ? Il n'est pas permis de se mon-

<sup>1</sup> Voy. Dalloz, 1846, 1, 87.

trer plus sévère que le législateur ; puisque pour la succession ab intestat il a traité avec une faveur au moins égale les père et mère naturels que les ascendants légitimes, il y a contradiction à déclarer cette même égalité de faveur impossible quant au droit de réserve et à dire qu'on n'apas pu vouloir en investir les premiers aussi pleinement, aussi énergiquement que les seconds. A la vérité, le législateur a traité, au point de vue successoral, les ascendants naturels plus favorablement que ceux légitimes, car tandis que ceux-ci sont appelés parfois à concourir avec des collatéraux, les premiers ne sont jamais exposés à subir un pareil concours. Donc il n'est guère surprenant que le montant de la réserve soit le même pour les uns comme pour les autres.

Dans le système que je combats, on dit encore que si le législateur a accordé une réserve à l'enfant naturel dans la succession de ses parents, c'est que celui-ci est innocent ; mais qu'il en est autrement de son père ou de sa mère qui, non-seulement ne méritent pas de faveur, mais qui mériteraient plutôt la rigueur que la pitié ; aussi fallait-il frapper la filiation illégitime chez ceux-mêmes qui en sont coupables et l'épargner chez ceux qui en sont innocents. Mais cette considération n'est pas de nature à nous arrêter et je répons que la loi ne punit pas, ne frappe pas les père et mère naturels puisqu'elle leur donne une vocation héréditaire pour la totalité de la succession de leur enfant naturel décédé sans postérité.

De puissantes raisons morales viennent, enfin, à l'appui de notre système. Les devoirs d'affection et de respect de l'enfant envers ses père et mère sont les mêmes que la parenté soit naturelle ou légitime ; en tout

cas si la naissance de l'enfant naturel est leur faute, ce n'est pas à lui qu'il convient de la leur reprocher ; de la part du législateur leur refuser une réserve, c'eût été s'en remettre à l'ingratitude de l'enfant du soin de les frapper. » Ne serait-il pas évidemment injuste, dit Loiseau, qu'après avoir sacrifié leurs soins et une partie de leur fortune à l'éducation d'un fils naturel, ce dernier pût à son décès, les déshériter entièrement par un legs universel fait en faveur d'un étranger ? Si les père et mère sont tombés dans la misère, il pourra donc les laisser périr accablés sous le poids de leur infortune, sans venir à leur secours, sans laisser même la faible portion de ses biens que leur réservait la loi ? Non, l'ingratitude n'est pas plus permise à l'enfant naturel qu'à l'enfant légitime<sup>1</sup>. » Comment comprendre que le législateur après avoir accordé un droit de succession aux père et mère naturels le leur ait refusé ensuite en permettant aux enfants illégitimes de le dépouiller par donations entre vifs ou legs faits au profit des personnes étrangères. Il devait ici d'autant plus le pourvoir d'une sanction que les enfants seraient assurément bien souvent portés à oublier leur devoir pour écarter de la succession des parents qui leur ont donné le titre peu honorable d'enfant naturel<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Loiseau, *op. cit.* Appendice au traité des enfants naturels p. 83.

<sup>2</sup> Voy. en ce sens : Grenier. *Tr. des donations* t. II, n° 676. — Vazeille. *Comment. sur les succes.* art. 765, n° 5. — Delaporte. *Pandectes françaises*, n° 180. — Poujol sur l'art. 765, n° 3. — Belost Jolimot sur Chabot *Succ.* art. 765, obs. 1. — Flouët de Conflans. *Jurisprudence des succ.* sur l'art. 761. — Merville. *Revue de droit fr. et étranger*, t. V, 1848, p. 41. — Cadès. *Traité des enfants naturels* mis en rapport avec la doctrine et la jurisprudence (1846), n° 251, p. 344. Paulier, *op. cit.* t. III, p. 199. — Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, § 462, p. 174. — Roland de Villargues. *Report du notariat v° Port.* disponible n° 52. — Troplong, *op. cit.* n° 817. — M. Duverger à son

**139.** — Aucun lien de parenté n'existant entre l'enfant naturel et les parents de celui qui l'a reconnu, les ascendants des père et mère naturels n'ont aucun droit de réserve dans la succession de l'enfant naturel, puisque la réserve est la sanction d'un droit de succession qui n'appartient jamais à d'autres ascendants naturels que les père et mère. — De même je refuse tout droit de réserve au père ou à la mère naturels dans la succession des enfants même légitimes de leur enfant naturel, en cas de prédécès de celui-ci, puisque suivant moi, ils ne sont pas appelés à cette succession <sup>1</sup>.

**140.** — J'ai à peine besoin de dire que les père et mère adultérins ou incestueux n'ont aucun droit de réserve, puisqu'ils n'ont pas plus de droit dans la succession de leur enfant que celui-ci n'en a dans leur propre succession.

**141.** — La réserve n'appartient pas aux ascendants en leur qualité d'ascendants : ils ne peuvent y prétendre qu'à titre d'héritiers ; en conséquence ceux-là seuls qui ont une vocation à la succession *ab intestat* et qui se trouvent dans l'ordre et le degré appelés à la succession pourront se présenter comme réservataires. C'est ce que dit la dernière partie de l'art. 915 : « Les biens ainsi réservés au profit des ascendants seront par eux recueillis

Cours. mars 1888. — Cour de Bordeaux 24 avril, 1834, Sirey 34, 2, 461. — 20 mars 1837. Siv. 37, 2, 483. — Paris 23 mars, (aff. *de Rothberg*) 1845, et cas. ch. reg. 3 mars 1846, (Dall. 1846, 1, 88). Pau 27, p. 1856, (dans la Gazette judiciaire de cette cour, 1859, p. 161, et 29 nov. 1860, aff. *Bonnefoi contre Crosse*. Sirey 1861, 2, 196.

<sup>1</sup> Demante, *op. cit.* t. III, n° 85, liv. IV. — Aubry et Rau, t. VI, § 567, p. 154, texte et note 7. — Demolombe. *Fr. des succ.* t. II, n° 149. Voy. en ce sens un arrêt du 1 mars 1849, (aff. *Lebuilly Meslier contre Vardon-Duclos*. Sirey 1849, 1, 331.



dans l'ordre où la loi les appelle à succéder. De là il résulte qu'il faut appliquer à la dévolution et au partage de la réserve les règles que la loi applique à la dévolution et au partage des successions *ab intestat*. Ainsi l'ascendant qui se trouve au degré le plus proche prend la réserve attribuée à sa ligne, à l'exclusion de tous les autres ; les ascendants au même degré partagent, par tête, la réserve affectée. Toutefois le principe de la dévolution d'un degré à l'autre ne reçoit pas ici son application : la réserve attribuée à la ligne qui compte des ascendants n'est toujours que du quart, quoiqu'il n'existe dans l'autre ligne aucun parent au degré successible.

**142.** — Supposons que le défunt laisse des descendants et ses père et mère ou bien supposons qu'il laisse des frères et sœurs et des ascendants autres que le père et la mère. Si les descendants dans la première hypothèse, ou les frères et sœurs, dans la seconde, acceptent la succession, il est hors de doute que les ascendants ne peuvent pas réclamer une réserve, puisqu'ils ne sont pas héritiers. Mais supposons qu'ils y renoncent ou qu'ils en soient exclus comme indignes, alors s'élève la question de savoir si les ascendants ainsi appelés par la renonciation de ceux qui leur faisaient obstacle, à la succession, viendront comme réservataires et pourront à ce titre demander la réduction des libéralités faites par le défunt. Vazeille et MM. Aubry et Rau résolvent la question négativement : « Nous ne nous prévalons pas, disent ces derniers auteurs, pour le soutenir des dispositions de l'art. 915 *dans l'ordre où la loi les appelle à succéder*, qui ne nous paraissent pas décisives ; nous nous fondons sur l'ensemble des dispositions relatives à la réserve. Il nous paraît, en effet, résulter,

du contexte de ces disproportions et de l'esprit qui les a dictées, que le législateur a entendu régler, d'après la qualité des parents appelés à la succession au moment même du décès, tout ce qui concerne l'existence, la nature et le montant de la réserve. Cette manière de voir est assez généralement admise quant au montant de la réserve, qui ne subit aucune diminution par suite de la renonciation ou de l'exclusion pour cause d'indignité de l'un de ceux qui auraient pu y prétendre. Et nous ne voyons aucun motif rationnel pour ne pas appliquer le même principe, lorsqu'il s'agit de l'existence même et de la nature de la réserve. Le système contraire conduit, d'ailleurs, à des conséquences qui nous paraissent inadmissibles. Si, par exemple, un père, ayant un ou plusieurs enfants, avait au profit de chacun d'eux des dispositions en avancement d'hoirie, dont le montant fût égal à la réserve, et que plus tard, il eût disposé au profit de tiers non successibles, on arriverait dans le système contraire à dire que la renonciation ou l'exclusion de ces enfants donnerait ouverture à une réserve au profit des ascendants, qui par suite de ces événements se trouveraient appelés à la succession. Or, un pareil résultat ne tendrait à rien moins qu'à anéantir complètement, ou du moins à restreindre, d'une manière notable, le droit de disposer, en ce que le défunt, après avoir, par anticipation, rempli ses enfants de leur réserve, se trouverait encore obligé d'en laisser une à ses ascendants <sup>1</sup>. »

**143.** — Pour ma part je crois ce système inexact et j'estime que si, par un motif ou par un autre, les des-

<sup>1</sup> Aubry et Rau, *op. cit.* t. VII. § 680, p. 169, note 10. — Vazeille sur l'art. 915, n° 3.

cendants ou les frères et sœurs viennent à répudier la succession, alors cette renonciation qui a pour conséquence de rendre les ascendants aptes à succéder, a aussi pour effet d'ouvrir pour eux un droit de réserve qu'ils pourront exercer au préjudice des donataires ou légataires qu'a laissés le défunt.

Tout d'abord le principe que pose MM. Aubry et Rau à savoir que tout ce qui concerne l'existence, la nature et le montant de la réserve est déterminé invariablement d'après la qualité des parents appelés à la succession au moment même du décès, ce principe, dis-je, n'est pas juridique et j'ai eu déjà l'occasion de m'en expliquer à cet égard à propos de la question de savoir si le successible renonçant doit être compté pour la fixation du montant de la réserve. Ce n'est pas au moment du décès et d'après la qualité et le nombre des héritiers appelés à cet instant à recueillir la succession que se détermine d'une façon invariable tout ce qui est relatif à la réserve. Tout dépend, au contraire, du parti pris par les héritiers appelés et, de même que ceux-là seuls qui sont héritiers ont droit à une réserve, de même ceux-là seuls qui recueillent effectivement l'hérédité doivent être considérés pour déterminer le montant de la réserve. Qu'est-ce donc que la réserve ? Elle n'est que la *succession ab intestat elle-même*, protégée, défendue contre les libéralités excessives, qu'une portion indisponible de la succession. Si ce principe est vrai, il faut appliquer à la réserve, lorsqu'il s'agit de dévolution, toutes les règles qui régissent la dévolution des successions. Or, il est incontestable, que pour la dévolution de la succession *ab intestat*, on ne doit tenir compte que de ceux qui la recueillent effectivement et nullement de

ceux qui y étaient primitivement appelés mais en ont été écartés en raison de leur renonciation ou de leur indignité. Le même principe doit être appliqué à la réserve et de même que le successible à laquelle l'héritier renonçant ou indigne était appelé, doit être déféré comme s'il n'avait jamais existé, ainsi la réserve doit être attribuée aux réservataires qui recueillent la succession sans qu'il y ait à s'occuper de la vocation héréditaire des premiers appelés, réservataires eux-mêmes ou non réservataires, qui au jour de l'ouverture de la succession faisaient obstacle à leurs droits. — En limitant la quotité disponible, le législateur n'a pas, comme on semble le croire, voulu frapper le disposant d'une incapacité personnelle. Il n'en faut pas d'autre preuve que la disposition de l'art. 921 qui accorde l'action en réduction aux seuls héritiers réservataires et la refuse à tous les ayants cause du défunt, tandis que s'il s'était agi d'une incapacité personnelle le disposant et à son défaut ses ayants cause, ses créanciers particulièrement auraient pu s'en prévaloir. La loi s'est proposé comme but de sauvegarder le droit héréditaire des parents en ligne directe et il n'y a point dès lors à distinguer, s'ils étaient ou non les héritiers les plus proches lors du décès : dès qu'ils viennent à l'hérédité, ils ont droit à la protection de la loi.

Non seulement les principes, mais aussi les textes du Code civil résistent à l'opinion de MM. Aubry et Rau, en effet la réserve est une portion de la succession ab intestat : l'art. 915 dit que les ascendants recueilleront les biens *dans l'ordre où la loi les appelle à succéder*; par suite de la renonciation, ils sont appelés à la succession ; donc aux termes de l'art. 915, ils auront le droit

de réclamer leur réserve. — Objectera-t-on que l'art. 915 ne donne ouverture à la réserve des ascendants qu'à défaut *d'enfant*, ce qui indique que pour qu'ils y aient droit, il faut qu'il n'existe vraiment pas d'enfants du défunt ! Mais tel n'est pas le sens véritable de cette expression et il suffit pour s'en convaincre de rapprocher les art. 913 et 915 des articles insérés au titre des *Successions*. Ainsi d'après l'art. 746 « si le défunt n'a laissé ni postérité, ni frère, ni sœur, ni descendants d'eux, la succession se divise par moitié entre les ascendants de la ligne paternelle et les ascendants de la ligne maternelle et cependant il est bien certain qu'il en sera de même si le défunt a laissé des descendants ou des frères et sœurs qui tous demeurent étrangers à la succession. De même pour qu'il y ait lieu de faire la division qu'ordonne l'art. 748 « lorsque les père et mère d'une personne morte sans postérité lui ont survécu, si elle a laissé des frères et sœurs ou descendants d'eux, il n'est pas nécessaire que le défunt n'ait pas laissé de postérité : il suffit que ses descendants ne lui aient pas succédé ; réciproquement, il ne suffit pas que ses père et mère lui aient survécu, il faut de plus qu'ils viennent à la succession, et il en est de même des frères et sœurs ou de leurs descendants.

D'ailleurs l'art. 785 fournit contre la doctrine que je combats un argument péremptoire. Aux termes de ce texte, l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier. Or, si les descendants ou les frères et sœurs étaient décédés avant le decujus, les ascendants seraient héritiers et incontestablement ils auraient droit à une réserve ; eh bien, il doit en être de même dans le cas d'une renonciation, puisqu'au point de vue successoral,



la renonciation équivaut à la non existence. A cela on a objecté l'art. 786. Cet article, dit-on, décide que la part du renonçant est dévolue, quand il est seul, au degré subséquent c'est donc la part seule du renonçant, ni plus ni moins, en d'autres termes, les droits qu'il avait dans la succession, qui se trouvent transmis aux héritiers appelés en son lieu et place. Dès lors les ascendants qui viennent à la succession uniquement par l'effet de la renonciation des frères et sœurs ne sauraient prétendre à un droit de réserve que ceux-ci n'avaient pas. — Mais cet article ne fait que déduire la conséquence pratique de l'art. 585 et encore, ainsi que je l'ai déjà dit, sa formule n'est pas heureuse. Il ne faut donc pas l'interpréter à la lettre, mais conformément à l'esprit de la loi et suivant le principe posé dans l'art. 785 qui le précède. Or, ce principe s'oppose à l'existence de tout effet translatif de la part héréditaire du renonçant, puisque cette part est présumée n'avoir jamais existé. La succession est donc réglée comme si le renonçant n'avait jamais existé et les héritiers appelés à son défaut sont censés avoir été héritiers dès l'ouverture de la succession. Il n'est donc pas possible de se prévaloir contre leurs droits à une réserve de la présence du successible renonçant. D'ailleurs si l'objection précitée était admissible, il en résulterait que la réserve des descendants renonçants serait dévolue aux ascendants : conséquence certainement impossible à admettre puisque la loi a fait varier le taux de la réserve suivant la qualité des héritiers et que par suite les ascendants ne sauraient avoir la même réserve que les descendants. Au reste, aux termes de l'art. 777 C. civ. « l'effet de l'acceptation remonte au jour de l'ouverture de la succession ;

celui donc qui après la renonciation de ceux du premier degré, aura accepté la succession, sera censé avoir toujours été héritier : le second degré arrive par suite, en vertu d'un droit qui lui est propre ; « il est censé saisi immédiatement par le défunt, dit Pothier, c'est du défunt seul qu'il reçoit et le premier degré n'a rien à lui transmettre <sup>1</sup>. »

Il ne me reste plus qu'à répondre au dernier argument que MM. Aubry et Rau font résulter de certaines conséquences pratiques du système que j'ai adopté. Lorsqu'un père de famille désireux de prévenir tout recours de ses héritiers contre ses libéralités, a donné à chacun de ses enfants, soit entre vifs soit par testament, une valeur équivalente à sa part dans la réserve : si tous ces héritiers du premier degré renoncent ou sont écartés comme indignes, de la succession, qui se trouvera ainsi déférée aux ascendants, il résultera du système qui attribue, dans tous les cas, une réserve aux héritiers en ligne directe, que ces ascendants pourront en dépit de toutes les précautions prises par le défunt, faire réduire toutes celles de ses libéralités qui entament le quart ou la moitié dont la propriété n'a pu leur être enlevée. — Ce résultat, quelque contraire qu'il soit à l'intention du disposant, n'en doit pas moins être accepté, parce qu'il est en parfaite harmonie avec les principes et le but de la réserve. — Lorsque le législateur a organisé la réserve, le but qu'il s'est proposé d'atteindre n'a été autre que de protéger le droit héréditaire des ascendants et des descendants. Il n'a pas voulu que le défunt pût le rendre illusoire en disposant de ses biens par donations entre vifs ou testamentaires. Il a

<sup>1</sup> Pothier. *Introd. au titre XVII, de la coutume d'Orléans* n° 67.

pensé, spécialement pour les ascendants, que la morale serait blessée si l'enfant pouvait, en oubliant ses devoirs d'affection et de respect, faire passer gratuitement ses biens dans des mains étrangères et écarter ainsi ses parents de la succession à laquelle la loi les appelait. Aussi a-t-il établi, comme principe absolu, une réserve au profit des ascendants qui viennent effectivement à la succession. Partant, toutes les fois que la volonté du législateur se trouvera en conflit avec celle du disposant, celle-ci doit céder devant la première. D'ailleurs ce n'est point par des libéralités que le disposant doit satisfaire au vœu de la loi et s'il veut être assuré de laisser leur réserve à ses héritiers, il n'a qu'à leur laisser la valeur dans sa succession.

J'ajoute enfin que le système que je défends est équitable. En effet si la loi préfère, dans la succession *ab intestat* les frères et sœurs aux ascendants autres que le père ou la mère, c'est qu'elle a pensé d'une part, que ceux-là étant leurs propres enfants recueilleront tôt ou tard les biens formant la succession du descendant défunt, et d'autre part que les ascendants sont indemnisés de cette préférence par l'obligation alimentaire dont les enfants sont tenus envers eux et qui s'accroît par l'hérédité même qu'ils recueillent; tandis qu'aucune indemnité n'existerait pour eux, si la succession de leur enfant passait tout entière à des étrangers! Il faut donc, dans notre hypothèse, reconnaître l'existence d'une réserve au profit des ascendants si l'on veut tenir compte de l'esprit et des textes de la loi et de l'équité.

**144.** — Lorsque le défunt a laissé tout à la fois des aïeux ou aïeules et des frères ou sœurs, personne n'a droit à la réserve, les ascendants puisqu'ils ne succè-

dent pas, ni les frères ou sœurs parce qu'aucun texte ne les range parmi les réservataires. — Mais supposons que le défunt a laissé un aïeul, des frères ou sœurs et un légataire universel. La question qui s'élève est celle de savoir, si dans ce cas, l'aïeul a ou non droit à une réserve.

La question est très délicate et trois systèmes sont en présence.

**145.** — I. *Système.* Dans un premier système les aïeuls et aïeules ont toujours droit à une réserve, lors même que les frères et sœurs ne renoncent pas. — Voici comment cette doctrine est développée par ses partisans.

« La question fondamentale, dit Coin-Delisle, est de savoir si en présence de l'institution universelle d'un étranger qui en fait usage, les frères ou sœurs sont héritiers. Il faut dire que non. Dans les pays de droit écrit, cela ne faisait pas de doute. Le seul et véritable héritier était l'institué. Dans les pays coutumiers, institution d'héritier n'avait lieu ; malgré le testament, les héritiers du sang restaient saisis et délivraient la portion disponible. Dans les pays de droit écrit, là où il y avait un héritier institué, la succession légitime s'effaçait devant la succession testamentaire : les héritiers appelés par loi restaient parents et n'étaient pas héritiers. Dans les pays coutumiers, il n'y avait pas de succession testamentaire : le legs universel lui-même était toujours *donatio quædam ab hærede præstanda*. — Le Code civil est venu et a introduit un système mixte. Il a permis à chacun de faire institution d'héritier au préjudice de tous les collatéraux, même des frères, sœurs ou neveux, soit sous le nom d'institution d'héritier, soit sous le nom de legs universel. — Ce qui empêchait en droit français le legs universel d'être institution, c'étaient les réserves

coutumières et la règle : *le mort saisi le vif* qui ne s'appliquait qu'à l'héritier du sang. Notre Code a obvié à ces deux différences. Il n'a fait de réserve légale que pour les descendants et les ascendants (art. 913 et 915) ; il en a absolument privé les collatéraux, même frères, sœurs ou neveux ; et d'un autre côté, si le titre *des successions* art. 724 investit, suivant la règle *le mort saisi le vif*, les héritiers légitimes de la saisine des droits et actions du défunt, sans distinction entre la ligne directe et la ligne collatérale, le titre. *Des donations et testaments* vient par l'art. 1006, dépouiller de cette saisine les héritiers auxquels une quotité des biens du testateur n'est pas réservée par la loi. Il porte nettement que le légataire universel sera saisi de plein droit *par la mort* du testateur. Il porte donc textuellement : la règle « *le mort saisi le vif* » est désormais applicable en France au légataire universel, vis-à-vis des collatéraux, même frères, sœurs ou neveux. Cet article 1,006 est à leur égard une *limitation* de l'art. 724. Ce ne sera pas eux que *le mort saisira* ; il saisira son légataire universel, et ils seront si bien dépouillés de saisine que le légataire saisi de plein droit ne sera pas tenu de leur demander la délivrance. Ainsi, il y a en France deux espèces de successions : la succession légitime et la succession testamentaire (sous le titre de legs universel.) Eh bien, si le droit français admet deux successions et qu'il donne impérativement la saisine de plein droit à l'instant de la mort du testateur, au seul légatataire universel, il faut convenir que les collatéraux n'ont jamais été appelés à la succession du défunt.

« S'il existe un ascendant, la succession sera légitime quant à l'ascendant et testamentaire quant au légataire universel. On a vu par l'art. 1006 qu'il conférerait la saisine au



légataire universel pour exclure les collatéraux du rang d'héritiers et qu'il limitait l'art. 724 qui confère la saisine aux héritiers légitimes. L'art. 1,004 procède autrement : il déroge aussi à l'art. 724, mais en ce sens qu'en présence du légataire universel il réunit et concentre tous les droits de la famille sur la tête de l'héritier à réserve (dans notre espèce, sur la tête de l'aïeul) parce qu'en présence d'une institution l'aïeul est seul héritier légitime : « Lorsqu'au décès du testateur il y a des héritiers auxquels une quotité de ses biens est réservée par la loi, ces héritiers sont saisis de plein droit *par sa mort*, des biens de la succession. » Ainsi quand le frère a universellement institué un étranger, comme ses frères ne peuvent être ses héritiers en présence d'une succession purement testamentaire à leur égard, l'art. 1,004 les dépouille de la saisine que leur donnait l'art. 724, en la conférant tout entière à l'aïeul seulement. Concluons que l'aïeul a droit à sa réserve par cela seul que ses autres petits-fils ne sont pas héritiers et par conséquent que les petits fils n'ont pas à faire de renonciation pour opérer une dévolution<sup>1</sup>. »

On argumente en outre de l'art. 750 : pour exclure les ascendants d'une succession, il faut que les frères et sœurs y soient appelés eux-mêmes. Point d'appel, point d'exclusion. L'art. 750 dispose que « en cas de prédécès des père et mère d'une personne morte sans postérité, ses frères, sœurs ou leurs descendants sont appelés à l'exclusion des descendants et des autres collatéraux. » Il y a deux manières d'être appelé à une succession : ou par la loi ou par la volonté de l'homme : et celle-ci prédomine sur l'autre soit totalement soit en

<sup>1</sup> Coin Delisle. *Revue Critique de jurisprudence*. t. XIII, p. 4 et suiv.

partie. Dans l'espèce et par rapport aux frères et sœurs du défunt, la disposition testamentaire est la loi de la succession. Or cette loi exclue les frères et sœurs ; donc ceux-ci ne sont pas appelés à succéder, donc elle ne peut exclure l'aïeul. Ce n'est pas l'existence matérielle qui crée l'exclusion, c'est l'existence légale, c'est la quotité.

On ajoute que ce système est éminemment moral. Supposez, dit-on, qu'un petit-fils riche meurt, après avoir institué un légataire universel, en laissant son aïeul qui se trouve dans la misère et un frère privé de toutes ressources. Sans doute, en principe, l'aïeul a une créance alimentaire contre le petit-fils survivant, mais à quoi lui servira-t-elle, du moment que ce dernier n'est pas en état de lui faire honneur. En permettant à l'aïeul de faire réduire le legs universel, on vient ainsi au secours d'un vieillard dont les infirmités ou l'âge empêche de pourvoir lui-même aux moyens nécessaires à sa subsistance<sup>1</sup>.

**146.** — II. *Système*. Dans un second système, on soutient que les aïeuls ou aïeules n'ont pas de réserves, lors même que les frères et sœurs renoncent.

La solution de la difficulté sur ce point de droit dépend, dit-on, de même que dans le système précédent, du point de savoir, si les frères et sœurs sont héritiers, alors qu'il y a un légataire universel. Ils ne le sont pas, et ce qui le prouve c'est l'art. 1006 du Code civil qui donne la saisine au légataire universel : or, la saisine n'appartient qu'aux héritiers : donc le légataire universel est héritier, et s'il l'est, il est impossible que les frè-

<sup>1</sup> Demante, *op. cit.* t. IV, n° 50, bis VIII. — Vernet, *op. cit.* p. 363 et suiv. — Delvincourt, *op. cit.* t. II, p. 427, note 5. — Taulier, *op. cit.* t. IV, p. 42.

res et sœurs le soient ; n'étant pas héritiers, à quoi renonceraient-ils ? La renonciation implique l'existence du droit auquel on renonce : on ne renonce pas au néant ; or, *quid quis sivelit habere non potest, repudiare non potest* ; on ne peut pas répudier ce qu'on n'a pas droit de demander. Vainement les frères et sœurs renonceraient-ils, leur renonciation est inopinante. Dès lors, le droit des ascendants ne peut pas s'ouvrir : il ne s'ouvre que lorsqu'ils sont appelés à succéder, ab intestat, et dans l'espèce, il n'y a pas de succession ab intestat ; cela décide la question contre eux. On ajoute que s'il n'était pas ainsi ; ce serait bien inutilement que la loi aurait laissé à l'homme la libre disposition de ses biens lorsqu'il n'a que des collatéraux au premier degré, car il serait facile à ces derniers de déjouer des projets, à l'aide d'une renonciation achetée par les ascendants<sup>1</sup>.

**147.** — III. *Système.* Dans un troisième système que je crois fondé, on dit que la vérité ne réside, ni dans le premier, ni dans le second système et que la question demande une distinction suivant le parti que prendront les frères et sœurs. Ceux-ci renoncent-ils, l'aïeul est héritier et par conséquent réservataire, acceptent-ils, il n'est pas héritier et par suite aucune réserve ne lui est due.

Lorsque le défunt laisse un aïeul et des frères et sœurs, c'est à ces derniers que la succession ab intestat, est dévolue (art. 746). Si les frères et sœurs acceptent la succession, leur acceptation exclut l'aïeul, et

<sup>1</sup> Laurent, *op. cit.* t. XII, p. 44. — Saintespès-Lescot, *op. cit.* t. II, p. 343. — Aubry et Rau, t. VII, p. 196, note 10. — Héan. *Réserve des ascendants.* Dans *Revue Pratique*, t. XXIV, 1867, p. 465. — Nicolas *Manuel du partage.* — Vazeille sur l'art. 915, n° 3. Cet auteur accorde une réserve à l'aïeul quand les frères et sœurs sont indignes et incapables !

puisque dans cette dernière hypothèse, l'ascendant n'est pas appelé à l'hérédité « dans l'ordre où la loi les appelle à succéder, il n'est pas héritier et partant aucun droit de réserve n'existe à son profit. Le légataire universel se trouvant en présence d'héritiers non réservataires, il est saisi de la succession. — Si les frères ou sœurs renoncent, au contraire, à la succession, cette renonciation produit un double effet, d'une part les frères et sœurs sont censés n'avoir jamais été héritiers, de l'autre, l'aïeul étant regardé comme l'ayant été *ab initio*, le légataire universel se trouvera en présence de l'aïeul et aux termes de l'art. 1004 qui dispose, que lorsque au décès du testateur il y a des héritiers auxquels une quotité de biens est réservée par la loi, ces héritiers sont saisis de plein droit par sa mort, de tous les biens de la succession, et le légataire universel est tenu de leur demander la délivrance des biens compris dans le testament, celui-ci n'aura pas la saisine. Puisque donc par l'effet rétroactif de la renonciation des frères et sœurs, la succession est dévolue aux ascendants, l'aïeul est héritier et par suite réservataire (art. 915). Celui-ci pourra dire au légataire : Maintenant l'obstacle qui m'empêchait d'arriver à la succession est levé, l'héritier qui me précédait, étant censé par suite de renonciation n'avoir jamais été héritier. C'est donc à moi que revient ce titre et qu'il est réputé avoir toujours appartenu ; par suite je l'exerce avec tous les avantages que la loi y attache, et j'invoque mon droit de réserve pour faire réduire le legs universel. — Qu'on n'objecte pas que l'acceptation ou la renonciation que font ces collatéraux est nulle, faute d'objet, parce que la succession ne s'est point ouverte à leur profit, mais en faveur du

légataire universel, qui est saisi de l'instant même du décès. Car il n'est pas exact de dire que dans l'espèce les frères et sœurs n'ont aucun titre à la succession ab intestat; leur titre n'est pas effacé; il est vrai qu'ils n'en ont plus le bénéfice, mais cela ne les empêche point d'exister. L'héritier, même non réservataire, conserve sur la succession, malgré la saisine du légataire universel, un droit éventuel, une espérance qui peut fort bien être l'objet d'une acceptation ou d'une renonciation. Cette espérance, ce droit conditionnel c'est de saisir la succession, si par une cause quelconque, le legs universel aurait à défaillir. Ainsi bien certainement les frères et sœurs peuvent invoquer leur titre d'héritiers ab intestat à l'effet d'attaquer ce legs, soit pour cause de captation, soit pour vice de forme ou de le faire révoquer pour cause d'ingratitude. Or, personne ne niera que ce droit conditionnel de ressaisir la succession, si pour une cause quelconque le legs universel vient à défaillir, ne puisse faire l'objet d'une acceptation ou d'une renonciation.

On a fait contre ce système une autre objection, tirée des inconvénients pratiques auxquels ce système peut donner naissance. Donner, a-t-on dit, à l'ascendant un droit de réserve qui dépendrait du parti pris par les frères et sœurs à l'égard de la succession, ce serait encourager les fraudes. Les frères et sœurs, dans cette circonstance, tâcheront de tirer le plus grand avantage de leur position, car comme ils n'ont rien dans la succession, ils vont mettre aux enchères leur renonciation ou leur acceptation. Ils iront trouver le légataire universel: « Si nous acceptons, lui dirent-ils, l'aïeul n'est pas héritier, il n'a pas droit à la réserve, et votre legs



sera à l'abri de toute réduction ; si nous renonçons, l'ascendant invoquera son droit à la réserve et vous ne recueillerez pas le montant intégral de la libéralité que vous a laissée le défunt : donnez-nous tant, et nous accepterons la succession. » Puis ils s'adresseront à l'aïeul : « Le légataire universel nous offre tant, lui diront-ils, si nous acceptons l'hérédité ; eh bien ! si vous nous donnez plus, nous y renonçons et vous pourrez réclamer votre réserve. » Certainement que l'aïeul y consentira, car mieux vaut avoir quelque chose que rien ! Un tel système ne peut être celui de la loi. Le mal n'est peut être pas aussi grand qu'on a bien voulu le dire. Si le légataire est en mesure de prouver que les frères et sœurs ont reçu de l'ascendant le prix de leur renonciation il se fera restituer tout ce qui lui aura été pris, parce qu'alors les frères et sœurs seront acceptants, ainsi que le décide l'art. 780 aux termes duquel la renonciation que fait un héritier, même au profit de tous ses cohéritiers indistinctement, lorsqu'il en reçoit le prix, emporte de sa part acceptation de la succession. Le légataire répétera tout ce dont il a été privé par voie de réduction, tant contre l'ascendant comme ayant reçu indument, que contre les frères et sœurs, comme détenant quelque chose d'une succession acceptée par eux, mais dont ils ne peuvent rien conserver. A défaut de cette ressource d'ailleurs, le légataire universel ne serait pas embarrassé la plupart du temps pour démontrer que la renonciation est frauduleuse et en faire prononcer la nullité : *fraus omnia corrumpit*.

Tout ce que je viens de dire réfute en même temps les deux systèmes précédents, qui repoussent toute distinction. Et en effet, puisque d'une part, tant que les

frères et sœurs n'ont pas renoncé, ils sont héritiers, héritiers non saisis, il est vrai, mais aptes à profiter de tous les vices du testament qui peuvent ramener la succession au cas d'intestat, il s'en suit que l'aïeul n'est pas héritier et par conséquent, il n'est point réservataire, car la réserve, étant une portion de la succession ne peut appartenir à celui qui n'est pas investi du titre d'héritier. Par là se trouve réfuté le premier système qui prétend que dans tous les cas l'aïeul est héritier et a droit à une réserve. D'autre part, lorsque les frères et sœurs ont renoncé, leur renonciation les fait disparaître en quelque sorte, et alors l'ascendant acquiert la vocation héréditaire et la qualité de réservataire ; donc le second système qui lui refuse toute réserve dans cette hypothèse est inexact et doit, par conséquent, être rejeté. Remarquons, en outre, que l'argumentation sur laquelle on le fonde est défectueuse, contradictoire. Ainsi M. Laurent, après avoir dit qu'une renonciation de la part des frères et sœurs ne se comprendrait pas, parce que, n'étant pas saisis, « *il est impossible qu'ils soient héritiers*, répond à l'objection tirée de ce fait que les frères et sœurs étant exclus, la succession ab intestat passe aux ascendants « que ceux-ci ne peuvent venir à la succession ab intestat tant qu'il existe des frères et sœurs non renonçants et que la renonciation étant impossible, *la vocation légale des frères et sœurs subsiste et empêche les ascendants d'arriver à la succession*<sup>1</sup>. » Ces affirmations étant contradictoires, l'une des deux est évidemment fausse.

La Cour de cassation, a, par plusieurs arrêts, consacré le système que j'ai adopté. Le dernier arrêt, à ma

<sup>1</sup> Laurent, t. XII, p. 45.

connaissance, du 22 mars 1869, intervenu dans l'affaire Maillard contre Leullier et Thirion et qui refuse la réserve à l'ascendant parce que les frères et sœurs n'avaient pas renoncé à la succession, s'exprime ainsi : « Attendu qu'à défaut de descendants ou de père et mère du de cujus, les frères et sœurs de celui-ci ou leur descendants sont appelés à la succession avant les aïeuls ; que si l'institution du légataire universel ôte aux frères et sœurs tout l'émolument de l'hérédité, ceux-ci conservent néanmoins le titre d'héritiers dans le sens de l'art. 750, c'est-à-dire en ce qu'ils sont nantis de la vocation légale et avec elle du droit de recueillir la succession, si par une cause quelconque le legs universel vient à défaillir, que dès lors les aïeuls n'étant point appelés à succéder ne peuvent réclamer la réserve établie par l'art. 915 rejette etc<sup>1</sup>. » Et l'arrêt de 1863 (toujours de la Cour de cassation) a posé en principe que « si l'institution universelle faite au préjudice d'un héritier non réservataire lui enlève tout l'émolument de la succession que la loi l'appelait à recueillir, elle lui laisse tout au moins son titre, et avec lui le droit important qui s'y trouve attaché, d'attaquer, s'il y a lieu le testament qui le dépouille ; que ce titre, qui sous ce rapport n'est pas sans valeur pour lui, il ne peut le perdre que par une renonciation volontaire ; qu'il est donc inexact de prétendre qu'en renonçant, il n'abdique aucun droit de nature à profiter à l'héritier qui vient après lui à l'ordre de successibilité<sup>2</sup>. »

<sup>1</sup> Voy. Sirey, 1870, 1, 9.

<sup>2</sup> Sirey 1863, 1, 190. Voy. aussi 11 mai (affaire *Lucas*), 1840, Sir. 1840, 1, 680, 1, 680. — 24 fév. 1863, (affaire *Verdeilhac de Molles contre Panafieu*). Sir. 1863, 1, 190. — Cour de Paris 16 juillet 183, (aff. *Lucas*). Sir. 1839, 2, 359. — Montpellier 19 nov. 1857, affaire

**148.** — M. Ragon admet aussi que lorsque les frères et sœurs ont accepté, l'ascendant n'a pas droit à une réserve ; mais lorsqu'il s'agit de leur renonciation, le savant auteur distingue : ont-ils renoncé purement et simplement, il reconnaît, comme nous, que la succession est dévolue à l'aïeul conformément à l'art. 786, et que celui-ci pourra exercer l'action en réduction contre le légataire pour avoir sa réserve qui, dans ce cas, existe à son profit. Au contraire, ont-ils renoncé pour conserver des avancements d'hoirie égaux à la réserve à laquelle l'aïeul pourrait aspirer, M. Ragon décide alors qu'il n'y aura point de dévolution utile en faveur de l'ascendant. La dévolution sera seulement en puissance, elle aura pour unique effet de donner aux ascendants la saisine même à l'encontre du légataire universel. Mais cette saisine restera stérile, elle sera *sine re* par l'obligation où il sera de subir l'imputation de ce qui a été donné au degré antérieur. « En principe général, continue M. Ragon, tout avancement d'hoirie s'impute sur la part héréditaire du successible gratifié, soit qu'il accepte ou répudie la succession, soit que cette part héréditaire constitue ou non une réserve. D'où il suit que la renonciation n'opère dévolution *cum re* au degré subséquent qu'autant que cet héritier n'emporte pas en renonçant sa part de succession.... Autrement il faudrait autoriser les ascendants à faire réduire la libéralité à laquelle un frère se serait tenu en renonçant à la succession, ce qui n'est pas admissible. » Si les avancements d'hoi-

*Fournier*). Sir. 1858, 2, 609. — Nîmes, 16 fév. 1862, (affaire *Verdeilhan*). Sirey 1862, 2, 106. — Voy. aussi dans ce sens. M. Demolombe. *Fr. des donat.* t. II, n° 222. — Marcadé, art. 1006, n° 2. — Trolong, *op. cit.* t. II, n° 806.

rie ne sont pas égaux à la réserve des aïeuls, la dévolution s'opérera partiellement au profit de ceux-ci, qui, imputation faite jusqu'à due concurrence, réclamera le complément de leur réserve par voie de réduction contre les autres personnes gratifiées<sup>1</sup>. »

- Je ne puis, pour ma part, admettre la distinction de M. Ragon. L'art. 915 C. civ. est absolu : il accorde une réserve à tout descendant qui vient à la succession de son descendant dans l'ordre où la loi l'appelle à succéder. L'aïeul se trouve bien dans ce cas, on ne saurait lui refuser le bénéfice réel de la réserve sans violer l'art. 915. Aucun texte ne subordonne cette réserve à la condition que ceux qui étaient appelés en premier lieu, n'aient point reçu de libéralités du défunt. Du moment que la succession est dévolue à l'ascendant et qu'il ne la répudie pas, il existe à son profit une réserve, dont l'émolument ne peut lui échapper sous prétexte que le défunt a disposé à titre gratuit en faveur de successibles renonçants. Quant aux frères et sœurs donataires, comme toute donation est faite sous la condition qu'elle ne portera pas atteinte, au jour du décès du donateur à l'héritier réservataire, ils subiront la réduction exigée par l'aïeul, sans pouvoir s'en plaindre. Et comment le pourraient-ils ? Est-ce qu'un étranger donataire aurait pu s'en plaindre ; est-ce que, par leur renonciation, les frères et sœurs ne se placent pas dans la même condition que celui-ci ? D'ailleurs ils avaient un moyen bien simple d'empêcher ce résultat ; c'était d'accepter la succession. Ils ne l'ont pas fait, ils se seront donc soumis volontairement à la perte qu'ils ont éprouvée.

<sup>1</sup> Ragon, *op. cit.* t. II, n° 418, et suiv. p. 425.



## CHAPITRE TROISIEME

### DE LA RÉSERVE ET DU DISPONIBLE QUAND IL Y A UN ASCENDANT DONATEUR

SOMMAIRE : 149. Hypothèse dans laquelle a lieu *le retour successoral*. — 150. Origine de ce droit. Dissidences sur sa nature entre les pays de droit écrit et les pays de coutumes. 151. — L'ascendant donateur a-t-il droit à une réserve dans la succession anormale ? Arguments présentés en faveur de l'affirmative. — 152. L'opinion contraire est préférable : démonstration. — 153. Combinaison des règles de la succession anormale avec celles de la réserve de la succession ordinaire. — 154. *I Cas*. L'ascendant donateur n'est appelé qu'à la succession anormale. Quatre hypothèses à examiner : *a*). Les biens donnés se retrouvent en nature dans la succession du donataire. Solution, *b*). Aucuns des biens donnés ne se retrouvent en nature dans la succession de l'enfant donataire. Solution, *c*). Une partie seulement des biens donnés se retrouvent en nature, au moment du décès du donataire. Solution. *d*). Le donataire a fait un *legs universel* ou à titre *universel* ou de *quantité*. Solution. Système de MM. Aubry et Rau, sur ces difficultés. Réfutation. Système de Vernet. Réfutation. Système de M. Bezy. Réfutation. — 155. *II Cas*. L'ascendant donateur est héritier dans la succession ordinaire. Opinion de Duranton, de Toullier, de Demante. — 156. Application du principe de la séparation de la succession anormale de la succession ordinaire. Réputation de l'opinion de ces auteurs. — 157. La théorie, qui précède, serait applicable à tous les cas dans lesquels un droit de retour légal peut s'ouvrir à côté de la succession ordinaire.

**149.** — Un aïeul fait une donation entre vifs à son petit-fils : celui-ci prédécède sans postérité et le bien donné se retrouve en nature dans sa succession : le défunt laisse des héritiers préférables à son aïeul, son père et des frères, par exemple. D'après les règles du droit commun, c'est à ceux-ci que la succession tout entière y compris le bien donné devrait revenir, à l'exclusion de l'aïeul. Cependant la loi permet à l'ascendant donateur de succéder, à l'exclusion de tous autres, aux biens donnés. Voici les termes de l'art. 747 qui consacre ce droit : « Les ascendants succèdent, à l'exclusion de tous autres, aux choses par eux données à leurs enfants ou descendants décédés sans postérité, lorsque les objets donnés se retrouvent en nature dans la succession. — Si ces objets ont été aliénés, les ascendants recueillent le prix qui peut en être dû. Ils succèdent aussi à l'action en reprise que pourrait avoir le donataire. » On désigne, dans la doctrine, le droit de l'ascendant donateur sous le nom de *succession anormale*, ou de *retour légal* ou de *retour successoral*.

La donation faite par un ascendant à son descendant a un caractère tout différent de celui d'une donation ordinaire. L'ascendant qui se dépouille d'une partie de ses biens au profit de son descendant veut faire jouir par anticipation son descendant d'une fortune que celui-ci ne devait recueillir qu'après la mort du donateur. Cette donation est donc, on peut le dire, subordonnée à cette condition tacite que le donataire survivra au donateur. L'ascendant n'a eu l'intention d'avantager que son descendant et sa postérité et non les collatéraux ou leurs descendants. S'il n'a pas stipulé le droit de retour, c'est qu'il n'est pas dans l'ordre de la nature que les pères

survivent à leurs enfants. La loi a cru devoir tenir compte de cette intention présumée : elle n'a pas voulu que l'ascendant donateur n'eût d'autres chances de rentrer dans la propriété des biens donnés que celles qui lui sont laissées par les règles ordinaires de la succession *ab intestat*. — En outre, le législateur a tenu compte aussi de l'intérêt des enfants, il a espéré qu'en restituant au donateur les biens donnés à son descendant décédé sans postérité, il encouragerait les constitutions de dot, les avancements d'hoirie. Tels sont les motifs qui ont amené le législateur à déroger aux principes de l'art. 732, en faveur de l'ascendant donateur, et à établir à son profit un droit de succession anormale.

Je me propose d'étudier dans ce chapitre deux questions : 1<sup>o</sup> L'ascendant donateur a-t-il une réserve dans la succession anormale ? 2<sup>o</sup> Comment les principes généraux de la quotité disponible et de la réserve, doivent se combiner avec les principes particuliers de cette succession exceptionnelle. Mais avant d'aborder l'examen de ces questions, jetons un coup d'œil sur les effets que produisait le retour légal dans l'ancienne France.

150. — Le retour successoral paraît tirer son origine du droit romain<sup>1</sup>. La dot profectice, c'est à-dire celle constituée à une fille par le père de famille, ayant sur elle le droit de puissance, *in patria potestate*, faisait retour au constituant, lorsque la fille venait à mourir avant lui pendant le mariage. *Dos a patre profecta ad patrem revertitur*. De là le retour légal passa dans l'ancien droit. Mais le caractère de cette institution fut différent suivant les provinces dans lesquelles elle était appliquée. Les jurisconsultes des pays de droit écrit con-

<sup>1</sup> L. 6. D. *De jure dotium* XXIII, 3. — Loi 4, c. *sol. mat.* V, 18.

sidérant que le droit de retour avait pour but de favoriser le père, en détruisant la donation par lui faite à son descendant, en arrivèrent à faire produire à l'exercice de ce droit l'effet d'une véritable condition résolutoire qui faisait rentrer les biens donnés dans le patrimoine de l'ascendant, libres de toutes charges imposées par le donataire. Ce fut le système adopté par la majorité des Parlements du Midi de la France, de ceux de Toulouse, de Bordeaux, de Grenoble : les biens revenaient à l'ascendant libres de toutes charges ou hypothèques. Si des dispositions avaient été faites soit par actes entre vifs, soit par actes testamentaires, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, elles étaient résolues et l'ascendant était de nouveau investi du droit de propriété dans les conditions où se trouvait ce droit au moment de la donation<sup>1</sup>. Quoique cette jurisprudence fût combattue par Lebrun<sup>2</sup>, elle ne changea point, étant approuvée par le premier Président Lamoignon. Le parlement de Paris dont le ressort s'étendait à certains pays de droit écrit, décidait que le donataire pouvait aliéner valablement les biens donnés et que les dispositions devaient être maintenues, même si elles étaient faites à titre gratuit. Mais le parlement de Provence distinguait : le bien donné était-il aliéné à titre onéreux ? Le donataire n'y avait plus aucun droit : était-il au contraire aliéné à titre gratuit, la libéralité était regardée comme non avenue et le bien retournait au donateur. Cette jurisprudence fut approuvée par certains jurisconsultes, entre autres Boniface, Mourgues, La Rouvière.

<sup>1</sup> Roussilhe. *Traité de la dot*, p. 531.

<sup>2</sup> Succ. ch. V, sect. II, no 70.

Sous un tel régime, l'ascendant avait donc bien plus et mieux qu'un droit de réserve.

Dans les pays de coutumes, le retour admis au profit de l'ascendant était considéré comme un droit de succession, d'où le nom de *réversion héréditaire* que plusieurs lui donnaient. L'aliénation de la chose donnée par le donataire est valable et maintenu même à l'égard du donateur et cela aussi bien pour les dispositions à titre onéreux que pour celles à titre gratuit, pour les dispositions entre vifs que pour celles à cause de mort. L'ascendant ne pouvait reprendre les biens donnés que s'il les retrouvait dans sa succession. Notons que le donataire ne jouissait pas d'une entière liberté de disposer à titre gratuit et que l'ascendant conservait sur les biens donnés, la réserve ordinaire qui existait sur les propres des quatre quints : « Cette faculté de disposer, dit Bourjon, a ces limites : en effet, il n'en peut disposer par testament que jusqu'à concurrence du quint parce que l'immeuble lui est propre : l'imitation qui n'est pas un effet du droit de retour, mais impuissance du descendant donataire de disposer par testament au delà de cette portion de l'immeuble à lui donné par l'ascendant, qui lui est propre, telle étant la limite que la coutume met aux dispositions testamentaires des propres<sup>1</sup>. »

<sup>1</sup> Bourjon. *Droit commun de la France*, t. I, D. part. *Des Successions* ch. III, sect. III, distinct, II, § II, p. 925, de l'éd. 1770. Voy. aussi Ricard. *Donat.* t. I, III<sup>e</sup> part. ch. VII, sect. IV, n° 765 et suiv. — Duplessis *coutume de Paris. Successions*, liv. III, ch. 2. — *Donat. Lois civiles*, liv. II, tit. II, sect. III, n° 5. — de Montvallon. *Traité des successions conformément au droit romain et aux ordonnances du Royaume*. Aix 1780, t. II, ch. XI, art. V, et XII. — Cl. Jo. de Ferrière : *Nouvelle introduction à la pratique, contenant l'explication de*



**151.** — J'arrive aux questions annoncées plus haut et j'en aborde la première à savoir, si l'ascendant donateur a droit à une réserve sur les biens donnés à son descendant décédé sans postérité.

Grenier<sup>1</sup>, Massé<sup>2</sup>, et tout récemment M. Labbé dans une savante note insérée dans le *Recueil de Sirey*, prétendent que la succession de l'ascendant aux biens par lui donnés entraîne une réserve comme toute succession dévolue à un ascendant. Voici leur argumentation<sup>3</sup>:

Celui qui laisse un ascendant ou des ascendants ne peut disposer que d'une partie de sa fortune. Ce dont il ne peut pas disposer et recueillir par ses ascendants *dans l'ordre où la loi les appelle à succéder*. Est-ce que la loi distingue entre l'ascendant donateur et celui qui ne l'est pas? Non. La circonstance que des biens donnés par un ascendant se retrouvent en nature, attribuée à cet ascendant préférence sur les autres. Cette préférence, cet ordre établi dans la succession ab intestat, se produit dans la réserve. La réserve appartient selon l'art. 915 à celui ou à ceux des ascendants qui seraient appelés à la succession ab intestat. L'ascendant qui en qualité de donateur primerait les autres dans la succession légitime, les prime dans la réserve. Il a droit à la réserve ou à une part de la réserve de la parenté ascendante ni plus ni moins qu'il a droit à la succession dévolue par la loi à cette parenté. — On ajoute en outre que le législateur s'étant inspiré sur le

*termes de la pratique du droit et de coutume avec les juridictions de France.* (1758), t. II, v<sup>o</sup> Retour.

<sup>1</sup> Grenier. *Traité des donat. des test.* t. IV, (1847), n<sup>o</sup> 598, p. 198.

<sup>2</sup> Massé. *Parfait Notaire*, t. I, p. 353.

<sup>3</sup> Labbé. Sur l'arrêt de la Cour de Douai du 6 mai 1879. — *Sir.* 1880, 2, 1.

retour légal comme sur bien d'autres points des traditions du droit coutumier, a dû admettre une réserve au profit de l'ascendant donateur puisque les pays de coutumes lui reconnaissaient un pareil droit. Enfin on présente à l'appui de cette thèse certaines considérations. On ne comprend pas que tandis que le législateur défend à une personne, qui a acquis des biens par son travail, par son industrie, d'en disposer de la totalité à titre gratuit, lui confère au contraire la libre disposition des biens qu'elle a reçus entre vifs de son ascendant, par le simple motif qu'ils proviennent de son aïeul ou de ses père et mère. De plus la loi favorisant l'ascendant donateur plus que les autres descendants relativement aux biens donnés, puisqu'elle l'appelle à y succéder à l'exclusion de tous autres, il serait peu vraisemblable qu'elle voulût lui refuser le bénéfice du droit commun conféré par l'art. 915 C. civ.

Quant à la quotité de cette réserve, elle serait suivant Grenier et Massé de la moitié, parce que, disent-ils, l'ascendant réunit ici les deux lignes en sa personne; suivant M. Labbé, elle ne serait que d'un quart.

**152.** — Quelle que soit la valeur de ces arguments, mon opinion bien arrêtée est que l'ascendant donateur n'a pas droit à une réserve dans la succession anormale. En effet, l'indisponibilité étant une atteinte très grave au plus absolu de tous les droits, le droit de propriété, elle ne doit être admise en faveur d'une personne qu'autant qu'un texte de loi la crée, soit expressément, soit implicitement. Or aucun texte n'attribue de réserve à l'ascendant donateur sur les choses par lui données. L'art. 915 n'a évidemment trait qu'à la succession ordinaire

puisqu'il établit la réserve au profit des ascendants de l'une et l'autre ligne, et suppose même qu'ils peuvent être en concours avec des collatéraux. D'ailleurs la réserve qui en résulte n'est pas une portion des biens que l'ascendant aurait recueillie si le défunt n'avait fait des libéralités (une telle réserve aurait pu s'appliquer à la succession anormale) mais une portion du patrimoine tout entier; de telle sorte que si l'on voulait en faire résulter une réserve pour l'ascendant donateur, il faudrait admettre cette conséquence absurde que celui-ci aurait toujours en cette qualité, un quart ou même la moitié du patrimoine du donataire, quelle que soit la valeur des biens donnés !

De plus l'art. 747 est par ses termes mêmes exclusif de tout droit semblable. Il n'appelle l'ascendant donateur à succéder aux choses par lui données qu'autant que l'on retrouve dans la succession les choses elles-mêmes en nature, ou le prix encore dû de ces choses aliénées ou des actions en reprise. Il décide donc par là même que le donateur n'a plus aucun droit sur l'objet donné qui a été atteint par une disposition entre vifs, ou par une disposition testamentaire du donataire; et si le donateur est tenu de respecter toute aliénation qui aura été faite des choses par lui données, il va de soi qu'il n'a pas de réserve sur ces choses. Du moment que les biens donnés ne se retrouvent pas en nature, la succession anormale ne s'ouvre pas, l'ascendant donateur n'est pas héritier, dès lors il ne peut être réservataire. Reconnaissons donc que le droit de retour successoral n'est pas protégé comme la succession ordinaire des ascendants<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Voy. Demolombe. *Tr. des donat.* t. II, n° 125, p. 200. MM. Aubry

**153.** — Je passe à la seconde question : Comment doit-on combiner les principes particuliers de la succession anormale avec les principes généraux de la quotité disponible ? en d'autres termes, l'existence de la réserve dans la succession réfléchit-elle sur la succession anormale ? l'application de l'art. 747 exerce-t-elle quelque influence sur l'art. 915 ?

La solution de ces questions est des plus délicates et depuis la promulgation du Code civil elle a été l'objet des préoccupations des jurisconsultes. Durantou considérait la controverse comme insoluble et M. Laurent déclare que c'est *la question la plus difficile de la difficile matière de la réserve*. Du reste on ne sera pas étonné de voir qu'elle est aujourd'hui aussi obscure que le jour où elle a été posée pour la première fois, si l'on songe que depuis cette époque il n'est intervenu aucune solution législative pour donner un point d'appui à un système quelconque. On est réduit à faire marcher ensemble deux dispositions qui ne sont pas faites l'une pour l'autre. En effet l'examen de la discussion permet d'affirmer que en rédigeant l'art. 747 les rédacteurs du Code civil n'ont pas songé à l'art. 915 et que d'un autre côté l'art. 915 ne prévoit pas le cas où une succession anormale vient à s'ouvrir.

Je vais étudier séparément deux cas : I cas : L'ascendant donateur n'est appelé qu'à la succession anormale. II cas : L'ascendant donateur est appelé à la fois à la succession anormale et à la succession ordinaire.

et Rau, op. cit. t. VII, § 687, n° 2, et les autorités qu'ils citent. M. Duverger à son cours. Mars 1888. — Bufnoir à son cours 47 déc. 1886.

**154.** — *Premier cas. L'ascendant donateur n'est appelé qu'à la succession anormale.*

Il s'agit, par exemple, d'un aïeul et le défunt a laissé son père et sa mère lesquels excluent l'aïeul (art. 746). Quatre hypothèses s'imposent à mon examen : *a*) Tous les biens que l'ascendant a donnés se retrouvent en nature dans la succession du donataire. *b*) Aucuns des biens donnés ne se retrouvent en nature dans la succession de l'enfant donataire. *c*) Une partie seulement des biens donnés se retrouvent en nature dans la succession de l'enfant donataire. Le donataire un legs universel, ou un legs à titre ou un legs de quantités.

*Première hypothèse. Tous les biens donnés se retrouvent en nature dans la succession de l'enfant donataire.* Prenons une espèce : Un individu meurt laissant une fortune composée de 30,000 fr. de biens donnés et de 30,000 fr. de biens ordinaires. Viennent à sa succession un aïeul donateur, les père et mère, héritiers réservataires et un légataire de 30,000 fr. Comment calculera-t-on ici la réserve et le disponible ? Le droit de l'ascendant pourra-t-il s'exercer au détriment des héritiers réservataires ? Et alors comment réglera-t-on les droits respectifs du réservataire et du légataire ?

Trois intérêts bien distincts et presque également respectables sont en présence : l'intérêt de l'aïeul donateur, l'intérêt des père et mère, héritiers réservataires, l'intérêt du légataire. — Plusieurs systèmes ont été produits sur ce point, selon que les auteurs se sont laissés entraîner de préférence sur la considération de l'un ou de l'autre de ces intérêts.

Dans une première opinion à laquelle je me rallie, on raisonne ainsi : Lorsqu'il y a lieu au retour légal, il



n'est pas exact de dire qu'il y a une seule succession mais bien qu'il y a deux successions parfaitement distinctes, aussi indépendantes que les successions de deux personnes différentes ; la succession aux biens ordinaires d'une part, et là succession aux biens donnés d'autre part. Cette dernière se compose uniquement des biens donnés, l'autre comprend les biens qui existent dans le patrimoine du défunt. Dans la succession anormale, l'ascendant donateur est appelé à l'exclusion de tous autres ; donc les appelés à la succession ordinaire ne peuvent intervenir en aucune façon dans la première succession, puisque leurs droits ne s'étendent pas hors des limites de la succession à laquelle ils ont une vocation : « Lorsque s'ouvre le droit de succession anormale, il n'y a pas, dit fort bien M. Demolombe, une seule et même succession, composée de biens de différentes origines. Tout au contraire, il y a deux successions distinctes, indépendantes entre lesquelles on pourrait dire que la loi élève un mur de séparation<sup>1</sup>. » Que le droit de l'ascendant donateur a été envisagé par le législateur comme droit de succession ab intestat, cela résulte d'abord, de la place de l'art. 747 qui se trouve dans le titre des *Successions* et dans la section ayant pour rubrique : *Des successions déférées aux ascendants* ; en outre des expressions employées par cet article qui commence par ces mots : *les ascendants succèdent* : — Que le droit de l'ascendant donateur forme une succession particulière, cela résulte également de l'art. 747 qui déclare que les ascendants succèdent à l'exclusion de tous autres, c'est-à-dire que le droit n'appartient qu'à eux seuls, et ils succèdent aux « choses par eux données, »

<sup>1</sup> Demolombe. *Tr. des don.* t. II, n° 127.

ce qui signifie qu'il faut qu'ils aient donné certaines choses et que leur droit ne porte que sur ces choses. Remarquons que les mots à *exclusion de tous autres* ne figuraient pas dans l'art. 313 de la coutume de Paris ; ils ont été ajoutés dans l'art. 747 pour faire disparaître le doute qui s'était élevé sur le point de savoir si l'aïeul donataire pourrait exercer le droit de retour successoral en présence de son fils père du défunt. — Ces deux successions doivent être liquidées séparément. Or, la succession anormale étant déférée par la loi à l'ascendant donateur à l'exclusion de tous autres, elle doit lui appartenir tout entière. La succession ordinaire est donc seule pour satisfaire les prétentions des réservataires et des légataires. Ainsi, dans l'espèce faite plus haut, l'ascendant donateur reprendra les 30,000 fr. par lui donnés et les père et mère recueilleront à titre de réserve en vertu de l'art. 915 la moitié des biens ordinaires, c'est-à-dire 15,000 fr. et le légataire recevra 15,000 fr.

On a fait contre cette solution l'objection suivante. L'art. 922 dispose que la réduction se détermine en formant une masse de tous les biens *existants* au décès du donateur. Or, les biens donnés existent dans la succession du donataire, donc ils doivent être compris dans la masse pour le calcul de la réserve et du disponible ! Puisque, nous dit-on, vous ne les y comprenez pas, vous violez l'art. 922. — La réponse est facile. Sans doute le disponible doit se calculer sur la masse de tous les biens existants, mais apparemment on ne joindra pas à la masse les biens *faisant partie d'une autre succession*. La succession anormale est absolument étrangère à la succession ordinaire et par conséquent le système que j'ai adopté ne viole pas l'art. 922. — On a ob-

jecté encore que la réserve est une charge de toute la succession! — Oui, nous en demeurons d'accord, mais comme dit Marcadé : « il est évident qu'on ne peut pas payer la réserve due par une succession avec les biens d'une autre succession. » La succession anormale ne peut donc point servir à payer la réserve de la succession ordinaire dont elle est, encore une fois, absolument indépendante. Nous retrouvons toujours le même argument, nous n'avons qu'à opposer la même réponse.

*Deuxième hypothèse. Aucun des biens donnés ne se retrouve en nature dans la succession de l'enfant donataire.* Par exemple : un aïeul a donné à son petit-fils un immeuble valant 30,000. Le petit-fils meurt sans postérité, en laissant pour héritier son père et sa mère et des biens personnels d'une valeur également de 30,000 : il a disposé *in specie* de l'immeuble donné et légué en outre 10,000 fr. de ses biens personnels. La quotité disponible et la réserve seront-elles calculées sur 60,000 fr. en réunissant ensemble les biens donnés et les biens personnels, ou bien, comme dans l'hypothèse précédente sur 30,000 fr. seulement, c'est-à-dire sur les biens personnels seulement?

Je pense avec l'opinion commune que la réserve se calculera sur 60,000 fr. et qu'ainsi les biens donnés devront être compris dans le calcul. Remarquons, en effet, que puisque le petit-fils donataire a *disposé* de l'immeuble donné, la succession anormale ne s'ouvre pas, car pour qu'elle ait lieu, il faut aux termes de l'art. 747 que les biens donnés *se retrouvent en nature dans la succession du donataire* : nous ne nous trouvons donc qu'en présence d'une seule succession dans laquelle on ne doit pas rechercher l'origine des biens et c'est ce patrimoine

tout entier qui est à considérer pour régler les droits respectifs des donataires ou légataires et de l'ascendant réservataire. L'immeuble donné ne peut avoir fait partie que de cette succession ; or, l'art. 922 décide que la quotité disponible se calculera *sur tous les biens* que le défunt a laissé ou dont il a disposé. Dès lors l'immeuble donné devra être réuni fictivement à la masse. Dans mon espèce la réserve sera de 30,000 fr., et la quotité disponible également de 30,000 fr. : or, comme la libéralité entre vifs faite par le défunt absorbe tout le disponible, le legs de 10,000 fr. ne recevra point son exécution. Bien que l'on puisse objecter contre cette solution qu'elle a pour résultat de faire profiter les autres ascendants des biens d'une succession à laquelle ils n'auraient eu aucun droit si elle se fût ouverte, et de rendre la réserve d'autant plus forte que le défunt aura fait de dispositions sur les biens donnés, je crois néanmoins devoir l'accepter. — Si le législateur a cru devoir déroger dans l'art. 747 C. civ. au droit commun et distinguer l'origine des biens au point de vue successoral dans le cas où un ascendant a fait une donation à un descendant mort sans postérité, ce n'est que dans l'intérêt exclusif de cet ascendant donateur et nullement dans l'intérêt des donataires ou légataires. Que l'intérêt du premier vienne à disparaître, qu'il ne soit pas engagé au moment de l'ouverture de la succession du défunt, et nous revenons au droit commun qui accorde indistinctement sur tous les biens que possède ou qu'a possédés le défunt un droit de réserve au profit des ascendants. Il est vrai que la réserve donne plus aux père et mère qu'ils n'auraient eu si le défunt n'avait pas disposé des biens donnés, mais si dans la succes-

sion anormale le donateur est préféré au réservataire, quand cette succession ne s'ouvre pas, le réservataire est préféré au légataire. La disposition de l'art. 747 n'a pas été faite en faveur du légataire ; on ne peut tourner à son profit un droit qui n'a pas été établi pour lui. D'ailleurs si nous ne frappions pas d'indisponibilité une portion des biens donnés, nous autoriserions le donataire à frustrer complètement, par des dispositions à titre gratuit, non seulement l'ascendant donateur mais encore son père et sa mère ; car si les biens donnés s'étaient trouvés en nature à la mort du petit-fils dans sa succession, ils auraient fait retour à l'ascendant et auraient été recueillis postérieurement, au décès de l'aïeul par le père ou la mère, l'enfant de ce dernier. — Qu'on n'objecte pas que si les ascendants réservataires pouvaient agir en réduction contre les donataires ou légataires des biens donnés, ces biens rentreraient dans la succession, qu'ils s'y retrouveraient donc en nature et que partant il y aurait lieu au droit de retour, en vertu de l'art. 747, ce qui vous replacerait dans la première hypothèse. Cette objection que M. Laurent qualifie à juste titre de *spécieuse* ne doit pas plus nous arrêter que la première : En effet les biens donnés rentrés dans la succession, pour former avec les autres biens la réserve du père ne passeront pas à l'ascendant, puisque la réduction obtenue par le réservataire ne peut profiter qu'à lui (art. 921) ; elle ne peut faire revivre son droit de retour éteint définitivement par la disposition que le défunt a faite des biens donnés. Comme le dit fort bien M. Laurent : « Le droit de retour devient caduc du moment que le descendant donataire a disposé des biens donnés ; s'ils sont ensuite retranchés à ceux au profit desquels il en



a disposé, c'est uniquement dans l'intérêt des réservataires; l'ascendant donateur ne peut pas se prévaloir d'une réduction à laquelle il est complètement étranger. Il ne peut pas même dire que les biens donnés se retrouvent en nature dans la succession, car ce ne sont plus les biens par lui donnés, ce sont des biens dont le donataire a disposé au profit des tiers. Donc l'ascendant est sans droit et par suite on ne peut plus tenir compte de la succession anormale de l'art. 747; on rentre dans le droit commun<sup>1</sup>. »

*Troisième hypothèse. Une partie seulement des biens donnés se retrouvent en nature au moment du décès du donataire.* D'après les solutions données dans les hypothèses précédentes nous dirons que puisque une partie des biens se trouve en nature, la succession anormale s'ouvrira pour cette portion *seulement*: l'ascendant donateur la recueillera à l'exclusion de tous les autres en vertu de l'art. 747. Quant à la portion de biens dont le donateur a disposé, la succession anormale ne s'ouvrira pas, mais elle devra être réunie fictivement aux biens ordinaires existants au jour du décès, pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible, aux termes de l'art. 921. — Ainsi en supposant que l'immeuble donné par l'ascendant au petit-fils vaille 30,000 fr. que ce dernier en ait disposé de la moitié *in specie* et qu'il laisse à son décès 30,000 fr. de biens personnels, nous déciderons que la succession anormale ne comprend que la moitié de l'immeuble soit 15,000 fr.; l'autre moitié soit 15,000 fr., sera réunie fictivement aux 30,000 fr. existants, ce qui formera une masse de 45,000 fr.: la réserve sera de la moitié soit

<sup>1</sup> Laurent, *op. cit.* t. XII, p. 50 et 51.

22,500 fr. ; et la quotité disponible de l'autre moitié.

*Quatrième hypothèse. Le défunt a fait un legs universel ou un legs à titre universel ou un legs de quantité.* Jusqu'ici j'ai supposé que les libéralités faites par l'enfant donataire portaient *in specie*, soit sur les biens donnés, soit sur les biens personnels. Mais que décider au cas où il s'agit d'un legs de quantité ? en un mot de dispositions *in genere* ?

S'il s'agit d'un legs universel, comme un semblable legs comprend tous les biens laissés par le défunt, les biens donnés comme les biens personnels, le retour légal se trouve anéanti pour le tout et il n'y a plus qu'une seule succession régie par l'art. 922, de même que dans le cas où le défunt a donné ou légué tous les biens qu'il détenait de son ascendant.

Le legs à titre universel comprend soit une partie de tous les biens du défunt, soit tous ses immeubles, soit tous ses meubles soit une quote part de tous ses immeubles et de tous ses meubles. Dans toutes ces hypothèses l'ascendant perdra son droit de retour sur toute la portion des biens par lui donnés qui se trouvera comprise dans le legs ; et cette portion de biens ira grossir la succession ordinaire et entrera en ligne de compte dans le calcul des droits respectifs des légataires et des héritiers réservataires. Ainsi si le défunt a légué la moitié de tous ses biens, la moitié des biens donnés est atteinte par ce legs et l'ascendant ne peut répondre que de l'autre moitié, pourvu toutefois qu'elle se retrouve en nature. Si le donataire a légué tous ses immeubles et que les biens donnés soient immobiliers, le retour légal sera anéanti ; si les biens donnés consistent, au contraire, en meubles, l'ascendant pourra les reprendre.

Si les biens donnés consistent en meubles et en immeubles, la succession anormale s'évanouira pour les immeubles, mais subsistera pour les meubles. Si le donataire a légué tous ses meubles, les mêmes conséquences vont se produire *mutatis mutandis*.

Un legs de quantité pèse sur l'ensemble du patrimoine : il frappe aussi bien la succession anormale que la succession ordinaire, C'est une charge à laquelle elle doit contribuer proportionnellement, absolument comme elle doit contribuer au paiement des dettes laissées par le défunt. Cette part proportionnelle passera de la succession anormale à la succession ordinaire pour y être affectée au paiement des legs et y être comprise dans la masse sur laquelle se calculeront la réserve et la quotité disponible.

Telle est la doctrine, qui me semble, sur ce point délicat, devoir être suivie. Mais elle est loin d'être admise par tout le monde.

*Système de MM. Aubry et Rau.* Voici d'abord le système de MM. Aubry et Rau. Suivant ces savants auteurs, il n'y a pas lieu à distinguer deux successions, l'une anormale, l'autre ordinaire pour le calcul de la quotité disponible : elle se calcule toujours, conformément à l'art. 922 sur la totalité des biens que le défunt a laissés ou dont il a disposé entre vifs, sans égard à l'origine des uns ou des autres. Cette quotité ne peut recevoir d'augmentation ni subir de diminution, à raison de la circonstance qu'il se trouve soit parmi les biens existants au décès, soit parmi ceux dont le défunt a disposé, des objets qu'il avait reçus par donations entre vifs de l'un de ses ascendants. Quant à

la réserve, elle se calculera sur l'ensemble du patrimoine du défunt si celui-ci a disposé de tous les biens donnés ; au contraire, si les biens donnés se retrouvent totalement ou en partie dans la succession, le donateur reprendra comme tel tout ce qui s'y trouve, et la réserve des autres ascendants se calculera sur tout le reste des biens, parce que, disent ces auteurs, les réservataires sont exclus de toute participation aux biens soumis à l'exercice du retour successoral, et qu'ils ne peuvent avoir de réserve à exercer sur des biens à l'égard desquels il ne leur compete aucun droit de succession ab intestat. Mais ces biens repris, devant contribuer aux charges de la succession, serviront à payer la quotité disponible au prorata de leur valeur, sans distinguer si les libéralités faites par le défunt sont à titre universel ou à titre particulier, si elles ont pour objet des quantités, des choses *in genere* ou des corps certains, *in specie*. — Maintenant pour savoir quand aura lieu cette contribution et pour en déterminer le montant il faut, disent MM. Aubry et Rau, distinguer si le défunt a disposé *in genere* seulement, ou s'il a disposé *in specie* de tout ou partie de biens personnels. Si le défunt a disposé *in genere*, ses dispositions doivent, jusqu'à concurrence de la quotité disponible, être exécutées proportionnellement sur les biens personnels et sur les biens donnés. — Si le défunt a disposé *in specie* de tout ou partie des biens personnels, et que la réserve de l'ascendant donateur lui-même ou d'autres ascendants, calculée et exercée sur ces biens, ait pour résultat de réduire ses libéralités au dessous de la quotité disponible calculée sur l'ensemble du patrimoine, l'ascendant donateur doit contribuer au fournissement de cette quotité sur les biens

donnés jusqu'à concurrence de la somme nécessaire pour la parfaire <sup>1</sup>.

Faisons l'application de ce système à l'espèce où le défunt meurt, laissant comme héritier son père et sa mère, 30,000 fr. de biens ordinaires dont il a fait donation à un étranger et un immeuble valant 30,000 fr. donné par son aïeul, et dont il n'a point disposé. — La doctrine de MM. Aubry et Rau conduit aux résultats suivants. La quotité disponible qui se calcule sur tous ses biens étant de 30,000 fr. le défunt ne l'a pas excédée et il n'y a pas lieu de faire réduire la donation. La réserve des père et mère se calculant sur la masse des biens du défunt, défalcation faite des biens repris par l'ascendant donateur, se comptera sur les 30,000 fr. personnels et sera par conséquent de 15,000 fr. Mais sur quels biens se prendra-t-elle? Elle ne se prendra pas sur l'immeuble donné par l'aïeul parce que les père et mère n'y ont aucun droit, mais sur les biens dont le défunt a disposé entre vifs : le donataire devra rendre 15,000 fr ; mais d'autre part, comme la libéralité que le défunt a faite n'excède pas la quotité disponible et que les biens donnés par l'aïeul doivent contribuer au prorata de leur valeur à fournir la quotité disponible, on prendra sur ces biens 15,000 fr. Dans ce but et l'aïeul ne conservera que 15,000 fr. de sorte que finalement la quotité disponible sera supportée moitié par la succession anormale et moitié par la succession ordinaire.

Je ne crois pas qu'il faille admettre ce système. Il viole l'art. 915 et l'art. 922 du Code civil en calculant le disponible sur la masse de tous les biens, y compris les biens donnés par l'ascendant et la réserve seulement

<sup>1</sup> Aubry et Rau, *op. cit.* t. VII, § 687, 1<sup>o</sup> p. 240 et 3<sup>o</sup> p. 244.



sur les biens personnels, abstraction faite des biens sujets au retour ; or, le disponible et la réserve sont deux quantités corrélatives qui ne peuvent se calculer que sur une même masse. La réserve étant la portion indisponible du patrimoine, tout ce qui n'est pas réserve est nécessairement disponible et réciproquement tout ce qui n'est pas disponible est nécessairement réservé aux héritiers. Cela résulte de l'art. 913 et 922. Ce système viole en outre l'art. 747 qui autorise l'ascendant donateur de reprendre les biens qui se retrouvent en nature à l'exclusion de tous autres ascendants ; or, si une portion de ces biens sont recueillis par les donataires et légataires, l'ascendant ne reprend pas tous les biens qui se retrouvent en nature et l'art. 747 n'est point respecté. Enfin il fait contribuer les biens donnés à l'exécution des donations ayant pour objets des corps certains pris parmi les biens personnels, tandis que ces biens ne doivent contribuer qu'à l'exécution des legs ou des donations à prendre sur l'ensemble du patrimoine, c'est-à-dire à l'exécution des legs ou des donations de choses *in genere* ou d'une quote part des biens du défunt, parce que dans ce cas, ces dispositions atteignent la succession anormale comme la succession ordinaire, parce que le défunt en disposant ainsi a disposé de biens donnés comme des biens personnels.

*Système de Vernet.* Vernet a proposé sur notre question un système qu'il formule de la manière suivante : 1° L'ascendant donateur n'a en cette qualité aucun droit de réserve. 2° La réserve de tout ascendant appelé à la succession ordinaire, qu'il soit en même temps appelé à la succession anormale, ou qu'il n'y soit pas appelé, doit se calculer sur l'ensemble du patrimoine du défunt.

Il en est de même de la quotité disponible. 3° Tout donataire ou légataire ne peut être soumis à la réduction qu'autant que les libéralités faites par le défunt dépasseraient la quotité disponible. 4° Les biens formant la partie de la succession dont le défunt n'a pu disposer, sont dévolus d'après les principes de la succession ab intestat, sans en excepter l'art. 747. En conséquence s'il n'y a lieu à réduction et que les biens qui se trouvent dans la succession soient des biens donnés, l'ascendant donateur y a seul droit, qu'il soit ou non appelé à la succession ordinaire. Néanmoins l'art. 747 ne s'applique pas aux biens donnés dont le défunt aurait disposé à son tour et qui ne se retrouveraient en nature dans la succession que parce que l'exercice de l'action en réduction les y aurait fait rentrer ; dans ce cas, ces biens ne sont pas soumis à la succession anormale. La succession anormale et la succession ordinaire contribuent proportionnellement à leur valeur respective à payer la quotité disponible. Néanmoins les legs de corps certains sont à la charge exclusive de celle de ces deux successions dont les corps certains légués font partie<sup>1</sup>.

Appliqué à notre espèce, ce système conduit aux résultats suivants : l'aïeul dira : le défunt ne laisse pas de postérité, l'immeuble que j'ai donné existe en nature dans la succession, donc les conditions de l'art. 747 sont remplies et j'exerce mon droit de retour. Le donataire de son côté raisonnera ainsi : D'après l'art. 922 la quotité disponible se calcule sur tous les biens existants au jour du décès du testateur, sans aucune distinction, c'est-à-dire, dans notre hypothèse sur 60,000 fr. La réserve des père et mère étant de moitié, le défunt a pu

<sup>1</sup> Vernet, *op. cit.* p. 546.

valablement disposer de moitié, c'est-à-dire de 30,000 fr. Donc mon don de 30,000 fr, n'excédant pas la quotité disponible ne saurait être réduit. Ainsi l'aïeul donateur reprenant les 30,000 fr. et le donataire recevant intégralement son don de 30,000 fr. il ne restera rien pour les père et mère héritiers réservataires. Telle est la conséquence logique du système de Vernet.

Cette opinion est inacceptable. L'art. 915 accorde en termes absolus une réserve aux ascendants venant à la succession, et voilà que par suite de la donation faite par l'aïeul au petit-fils et de l'existence de ces biens donnés en nature dans la succession, les père et mère perdent leurs droits de réserve ! Mais cela est impossible, c'est la suppression de l'art. 915 ! Les principes, la raison et l'équité se soulèvent contre une pareille conclusion.

*Système de M. Bezy.* — Un troisième système proposé par M. Bezy est formulé ainsi par son auteur. 1° La quotité disponible et la réserve se calculent toujours sur tous les biens du défunt, sans distinction de leur origine. 2° Les réservataires doivent demander leur réserve aux dispositaires d'abord, et à leur défaut peuvent s'adresser à l'ascendant donateur. 3° L'action principale dirigée contre les dispositions ne pourra jamais les faire restreindre au dessous de la quotité disponible. 4° L'ascendant donateur soumis à l'action subsidiaire s'affranchira de l'obligation qui pèse sur lui en faisant ou par faisant la réserve calculée d'après les biens personnels du défunt ou en prouvant que les réservataires en sont remplis. Ainsi dans mon espèce M. Bezy décide : que le défunt ayant disposé de tous ses biens personnels, 30,000 fr. la quotité disponible n'est pas excédée, puisqu'elle se

calcule sur l'ensemble du patrimoine ; le dispositaire gardera tout ce qu'il tient. Mais le père et la mère pourront demander au donateur 20,000 fr. qu'ils se partageront ; il restera à ce dernier 10,000 fr. <sup>1</sup>.

L'action subsidiaire accordée aux réservataires contre l'ascendant donateur me semble tout à fait arbitraire : de plus elle viole manifestement l'art. 747 C. Civil. Du moment que les biens donnés par l'ascendant à son descendant se retrouvent en nature dans la succession et que le défunt n'en a point disposé *in genere*, l'ascendant a droit de les prendre et de les garder intacts. L'art. 747 est absolu et s'oppose à ce que les biens donnés perfassent, dans notre hypothèse soit la réserve comme dans le système de M. Bezy, soit la quotité disponible comme dans la doctrine de MM. Aubry et Rau, en vertu de ce principe que les réservataires ne peuvent réclamer comme donnés ou légués en fraude de leur droit héréditaire, des biens auxquels ils n'auraient eu aucun droit si le défunt n'en avait pas disposé. — Je fais en outre remarquer, que M. Bezy, après avoir posé en principe que la quotité disponible et la réserve des ascendants quels qu'ils soient, se calculent *toujours* sur tous les biens du défunt sans distinction de leur origine, se met ensuite en contradiction avec lui-même puisqu'au n° 4 il décide que l'ascendant donateur, soumis à l'action subsidiaire, s'affranchira de l'obligation qui pèse sur lui en faisant ou par faisant la réserve *calculée d'après les biens personnels du défunt* ! De sorte que malgré la généralité du principe posé au n° 1, il ne serait vrai de dire que la réserve se calcule comme le disponible sur tous les biens du défunt, personnels ou don-

<sup>1</sup> Voy. *La Revue du droit français et étranger*, t. IV, (1847), p. 486.

nés que dans le cas où la somme des biens donnés par le défunt au delà des limites de la quotité disponible et de ceux de ses biens personnels dont il n'a pas disposé est égale au montant d'une telle réserve; ou à défaut de libéralités excessives, lorsque la valeur des biens personnels laissés dans la succession est suffisante pour acquitter cette réserve; et on aurait ainsi une réserve se calculant tantôt sur une masse de biens, tantôt sur une autre, suivant l'importance des libéralités faites par le défunt sur ses biens personnels. — Enfin M. Bezy en calculant la réserve sur une masse, et la quotité disponible sur une autre viole le principe que pose les art. 913 et 915 à savoir que la réserve et le disponible ne sont que deux fractions d'une seule et même masse.

**155.** — *II Cas. L'ascendant donateur est appelé à la fois à la succession anormale et à la succession ordinaire.*

Malgré les nouvelles divergences que nous allons constater entre les auteurs, c'est encore dans les principes que je viens déposer que nous trouverons les éléments de nos solutions.

Soit l'espèce suivante : Un individu meurt laissant son père : sa succession comprend 30,000 fr. de biens ordinaires qu'il lègue en totalité et 30,000 fr. de biens qu'il a reçus de son père à titre de donation et qui se retrouvent en nature. Le père reprend les 30,000 fr. de biens donnés, mais peut-il faire réduire le legs de 30,000 fr. comme excédant la quotité disponible ? Duranton enseigne la négative, puisque l'ascendant recueille les biens donnés par droit de succession : or, tout ce qu'un héritier reçoit à titre héréditaire s'impute sur sa réserve; donc dans notre espèce, l'ascendant reprend les 30,000 fr. donc il a plus de sa réserve et ne



peut rien réclamer. Il ajoute que la loi ne considère pas plus l'origine des biens pour la formation des réserves qu'elle ne la considère pour la dévolution aux héritiers légitimes. Le donataire laissant dans sa succession ab intestat suffisamment de biens pour fournir la réserve de cet ascendant, ce dernier ne pourra point se plaindre de ce que le descendant a disposé au-delà de la quotité disponible, par conséquent il n'a point d'action en réduction<sup>1</sup>. — Je ne saurais admettre cette opinion. Lorsque les biens donnés par l'ascendant se retrouvent en nature dans la succession du donataire, la succession anormale s'ouvre : or, cette succession est complètement absolument distincte, indépendante de la succession ordinaire. Il y a alors, en présence de deux successions tout à fait étrangères l'une de l'autre : par suite le père reprendra, en vertu du droit que lui confère l'art. 747, les biens dont il a disposé au profit de son fils et quand aux biens personnels de celui-ci il les reprendra en qualité d'héritier légitime. Mais comme le fils a légué tous ces biens et que l'art. 915 accorde une réserve aux ascendants qui viennent dans l'ordre où la loi les appelle à la succession de leur descendant, le père aura le droit de faire réduire la libéralité testamentaire jusqu'à concurrence du quart, c'est-à-dire de 7,500 fr. Sans doute un héritier doit imputer sur la réserve que lui doit une succession, tout ce qu'il prend dans cette succession, mais il est impossible de soutenir qu'il doit imputer aussi ce qu'il prend dans une autre. L'ascendant donateur ne peut donc pas imputer sur sa réserve dans la succession ordinaire, les biens qu'il prend dans la succession anormale ; sans quoi, ainsi que le fait remarquer

<sup>1</sup> Duranton, *op. cit.* t. VI, n° 228.

Troplong, il arriverait qu'il serait rempli de sa réserve, dans cette succession par une chose qui lui appartient en vertu d'un droit particulier, distinct<sup>1</sup>. J'ajoute que la manière d'opérer, enseignée par Duranton, entraînerait une étrange contradiction, car elle aurait pour résultat de payer la réserve avec des biens auxquels il ne succède pas en qualité d'héritier réservataire, alors que, cependant, la réserve est un droit héréditaire auquel on ne peut prétendre qu'en venant à la succession qui en est grevée. — Quant au second argument de Duranton, il n'est pas soutenable, en présence de l'art. 747 qui déroge formellement au principe posé dans l'art. 732.

**156.** — Supposons maintenant que l'ascendant donateur au lieu d'être appelé seul comme héritier ordinaire, se trouve en concours avec d'autres ascendants (les legs ne portant toujours que sur les biens personnels).

Suivant Toullier<sup>2</sup>, Delvincourt<sup>3</sup>, Demante<sup>4</sup>, il faudrait calculer la réserve du père sur la masse totale des biens donnés et des biens personnels, c'est-à-dire, dans mon espèce, sur 60.000 fr. La réserve du père sera, par conséquent, fixée à 15.000 fr. La réserve de la mère, au contraire ne devrait toujours se calculer que sur les biens personnels, puisqu'elle ne peut jamais s'étendre sur des biens que le réservataire n'est point appelé à recueillir. Donc elle n'est que du quart des 30.000 fr., soit 7.500 fr. — L'ascendant donateur vient succéder aux biens don-

<sup>1</sup> Troplong, *op. cit.* t. II, n° 952. — Voy. aussi MM. Aubry et Rau, *op. cit.* t. VII, § 687, p. 244, texte n° 4: et note 6.

<sup>2</sup> Toullier, *op. cit.* t. V, p. 142, n° 129.

<sup>3</sup> Delvincourt, *op. cit.* t. II, p. 19, note 5.

<sup>4</sup> Demante, *op. cit.* n° 52, bis X et XI, t. IV.

nés en qualité de donateur; aux biens personnels, en qualité d'héritier réservataire. Ayant deux vocations distinctes, il doit exercer ses droits séparément. Je pense donc qu'il devra reprendre, comme dans l'hypothèse précédente, d'abord les biens donnés sans restriction; puis sur les biens personnels, il aura droit comme tout autre ascendant à une réserve d'un quart. Autrement il aurait deux réserves: l'une sur les biens par lui donnés; l'autre sur les biens personnels de son fils; or nous avons vu que l'ascendant donateur n'a point de réserve dans la succession anormale.

Pour le cas où l'enfant donataire a disposé en tout ou en partie des objets à lui donnés par son ascendant, la solution, après tout ce que j'ai dit est simple. Les biens donnés ne se retrouvant plus en nature, il ne saurait être question d'ascendant donateur et le droit de retour ne saurait être invoqué. On se trouve en présence d'une seule succession et la réserve tant de l'ascendant donateur que de l'ascendant non donateur se calculera sur tous les biens sans distinction conformément à l'art. 922. Soit une succession comprenant 30.000 fr., de biens personnels et 30.000 fr., de biens donnés dont le défunt a disposé. Viennent à la succession le père donateur et la mère. Si le défunt n'avait pas disposé des biens donnés, la succession se liquiderait ainsi: au père les 30.000 fr., par lui donnés, plus 7.500 fr., à la mère 7.500 fr., seulement. Mais le défunt ayant disposé des biens donnés, le père comme la mère ne peut plus invoquer que sa qualité d'héritier réservataire. Chacun d'eux aura droit à 15.000 fr., quart de la masse totale des biens de la succession.

**157.** — La même théorie serait évidemment applica-

ble aux autres cas, dans lesquels un droit de retour légal peut encore s'ouvrir, d'après le Code civil, à côté de la succession ordinaire. C'est ainsi que les biens recueillis, en vertu des articles 351 et 352, par l'adoptant ou par ses descendants, formeraient, dans la succession de l'adopté ou de ses descendants, une succession à part, distincte de la succession ordinaire des autres biens.

## CHAPITRE QUATRIÈME

### LE LÉGISLATEUR A-T-IL EU RAISON OU TORT DE REFUSER UNE RÉSERVE AUX COLLATÉRAUX

SOMMAIRE : 158. Les collatéraux n'ont point droit à une réserve (art. 916, Cod. Civ.). — 159. Proposition de M. Crémieux tendant à accorder une pension alimentaire aux frères et sœurs. — 160. Vœux de Vernet et de M. Rodière. — Justification de la disposition de l'art. 916, C. civ.

**158.** — Je rappelle qu'en droit romain les frères et sœurs germains et consanguins avaient droit à la *querela inofficiosi testamenti* pour attaquer le testament qui les privait de toute part dans la succession du défunt, dans le cas seulement d'une institution de personne infâmes *personæ turpes*.

Dans le droit coutumier, les pays de coutumes leur refusaient une légitime ; les pays de droit écrit la leur accordaient aux mêmes conditions qu'à Rome.

La loi de Nivose an II accorda une réserve aux collatéraux des 5/6 des biens, opposable aux donataires entre vifs aussi bien qu'aux légataires. — La loi de Germinal an VIII reconnut une réserve non seulement aux frères et sœurs mais aussi aux neveux et nièces, oncles tantes, cousins et cousines germaines et aux enfants issus des cousins. (art. 3.)



Le projet du Code portait qu'à défaut d'ascendants et de descendants, s'il y avait, au temps du décès, des frères et sœurs ou descendants d'eux, la loi leur réserverait le quart de ce qui leur reviendrait s'il n'y avait pas eu de donations entre vifs ou testamentaires, sans néanmoins qu'à raison de cette réserve, les donataires par acte entre vifs autres que les successibles puissent être en tout ou en partie évincés des biens à eux donnés. Ce projet soumis aux observations des Cours d'appel fut approuvé par les uns et critiqué par les autres. Ainsi le tribunal de Rouen voulait qu'on étendît la réserve en ligne collatérale au-delà du degré de frère et sœur, neveu et nièce. Au contraire le tribunal d'appel de Paris proposait qu'on supprimât tout droit de réserve au profit d'autres que les parents en ligne directe, « attendu que dans l'exacte vérité, un homme ne doit rien à ses frères et sœurs : il ne leur a point donné la vie, il ne l'a point reçue d'eux<sup>1</sup>. » Au sein du conseil d'Etat cette idée, soutenue par Portalis, Murair, Galli, Treilhard, ne prévalut point, et l'Assemblée admit une réserve seulement au profit des frères et sœurs et des neveux au cas de représentation. Le Tribunat à la suite de la communication officieuse, rejeta cette réserve. Bigot-Préameneu, après avoir rappelé les motifs qui l'avaient fait admettre, déclara au Conseil d'Etat que le Tribunat la repoussait parce qu'elle restreignait trop l'exercice du droit de propriété et qu'en donnant plus de latitude à la faculté de disposer, loin de relâcher les liens de famille, on les resserrait au contraire par les égards et les ménagements qui en résulteraient entre parents. Après cette déclaration le Conseil d'Etat retrancha la

<sup>1</sup> Fenet, tome XII, p. 258.

disposition primitive qui consacrait une réserve en ligne collatérale. Enfin le Corps législatif, à la suite de l'exposé des motifs présenté par Bigot-Préameneu adopta le nouveau projet rédigé en dernier lieu par le Conseil d'Etat. Aussi l'art. 916 du Code civil décide-t-il « qu'à défaut d'ascendants et de descendants, les libéralités par acte entre vifs ou testamentaires pourront épuiser la totalité des biens. »

**159.** — Quelques personnes ont pensé que cette disposition faisait cesser trop tôt le droit de réserve, et que son application semblait bien dûre quand le défunt a laissé à sa survivance des frères ou sœurs ou des descendants d'eux. Ainsi M. Crémieux en 1849 fit une proposition à l'Assemblée, tendant à accorder aux frères et sœurs une pension alimentaire ; mais cette proposition, peu accueillie, fut retirée avant la discussion <sup>1</sup>.

M. Rodière va plus loin. Il n'admet pas que les frères et sœurs puissent en aucun cas avoir droit à une pension alimentaire, mais ils voudrait leur étendre le bénéfice d'une réserve dont le montant serait égale au tiers ou au quart de leur droit héréditaire ; réserve pourtant dont ils ne pourraient pas se prévaloir vis-à-vis du conjoint. Suivant lui l'exclusion complète des frères et sœurs de l'hérédité ne peut avoir pour mobile que des sentiments peu honorables ou dans le cas le plus favorable, des sentiments peu éclairés. Il voit deux causes principales de la préférence accordée par le défunt à des personnes étrangères. « La première, dit-il, est celle qu'on rencontre quelquefois chez des personnes d'une piété peu éclairée, particulièrement chez les femmes, qui sont portées à employer tout leur patrimoine en

<sup>1</sup> Voy. Moniteur du 16 nov. et 18 déc. 1849.

bonnes œuvres, et qui oublient souvent que la meilleure de toutes les œuvres est de venir en aide aux êtres qui puisèrent la vie aux mêmes sources que nous et qui partagèrent nos premières joies et nos premiers chagrins. » Cette cause est rare. La plus commune à son avis tient à des penchants complètement vicieux et à des attachements criminels. Les personnes qu'on voit exclure le plus souvent les frères et sœurs, c'est tantôt une femme adultère, tantôt un enfant né de quelque commerce criminel, tantôt des domestiques qui servent d'instruments complaisants à leurs mauvaises passions. « Ne serait-il pas juste que la loi vînt protéger les frères et sœurs contre un dépouillement aussi immoral <sup>1</sup>. »

**130.** — Vernet faisait les mêmes vœux : Il nous semble, dit-il, qu'il eût été raisonnable et moral d'accorder aux frères et sœurs une réserve semblable, sauf la quotité, à celle des ascendants et descendants... qu'on ne laisse pas à un homme riche ou aisé le droit de disposer de tous ses biens au profit d'étrangers en présence de proches collatéraux, qui peut-être se trouvent dans la misère. Il serait moral et salulaire que la loi sanctionnât dans une certaine mesure, le principe de fraternité entre les membres d'une même famille <sup>2</sup>. »

**161.** — Je crois que le législateur a bien fait de n'accorder aucune réserve aux frères et sœurs. La réserve en effet est une atteinte grave au droit du propriétaire de disposer de ses biens et elle ne peut se justifier qu'autant qu'elle repose sur une considération de la plus haute gravité. Telle est celle que le Code accorde aux descen-

<sup>1</sup> Rodière. *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. VIII, (1859), p. 93.

<sup>2</sup> Vernet, *op. cit.* p. 549.

dants et aux ascendants comme une conséquence des rapports d'assistance et de respect qu'il établit entre ces parents. En effet le père qui dépouille ses enfants de la totalité de ses biens, ne remplit pas à leur égard tous les devoirs qu'impose la paternité, de même que l'enfant qui, en mourant, ne laisse pas une partie de sa fortune au père qui lui survit, méconnaît le devoir filial. Ces devoirs qu'engendre la naissance sont assez puissants et assez respectables pour que le législateur tienne la main à ce qu'ils soient observés. C'est en quelque sorte une question de moralité sociale, et il doit intervenir pour empêcher le spectacle affligeant d'enfants dépouillés au profit d'étrangers ou même de l'un de leurs frères et d'ascendants laissés dans le besoin par l'ingratitude de l'enfant à qui ils ont donné la vie.

Il y a donc là des liens si étroits de parenté et des devoirs dont la violation blesse tellement la morale que l'on comprend que le droit absolu de propriété ait reçu une restriction. Mais en est-il de même entre des frères ? Non assurément. Quelqu'étroit que soit le lien de parenté qui les unit, il n'engendre pas les mêmes obligations de respect et d'assistance que la filiation, et l'on conçoit parfaitement qu'un frère ait des devoirs plus impérieux à remplir vis-à-vis d'étrangers que vis-à-vis de ses frères. L'amitié, la reconnaissance et tous les autres sentiments de la nature humaine peuvent légitimement l'emporter sur l'affection qu'ont entre eux les enfants d'un même père, tandis qu'il est contraire à la raison de supposer que l'amour paternel et l'amour filial puissent être primés par un autre sentiment.

Plaçons-nous à un autre point de vue : Les biens laissés par le frère défunt, d'où proviennent-ils ? Ils proviennent

évidemment soit du père commun soit de son industrie : dans le premier cas, les frères et sœurs qui réclament aujourd'hui une réserve en ont eu aussi leur part, et l'on ne voit pas pourquoi ils prétendraient exercer encore et en outre, une réserve sur la part de leur frère décédé, au mépris du droit de propriété et de disposition qui lui appartenait. Dans le second cas, le défunt ne leur doit rien et leur prétention serait véritablement excessive. De quelque manière que l'on considère la réserve des frères et sœurs, elle n'apparaît pas comme une institution dont il faille regretter l'absence dans le code. Qu'on ne dise pas que l'inexistence d'une réserve au profit de ces collatéraux y produit une sorte d'anomalie puisque tandis que les frères et sœurs, qui prirent dans la succession *ab intestat* les ascendants autres que les père et mère, n'ont pas de réserve, ceux-ci, à quelque degré que cela soit, en ont une. — Lorsqu'il s'est agi de la succession *ab intestat*, le législateur a pris comme base pour en régler la dévolution, l'affection présumée du défunt : or, il est évident qu'une réserve n'est que la conséquence des rapports d'assistance et de respect, qui assurément sont moins forts envers un frère qu'à l'égard des ascendants.



## APPENDICE

### APERÇU SUR LES PRINCIPALES LÉGISLATIONS DE L'EUROPE

SOMMAIRE : *Allemagne* : Bavière. Prusse. Saxe. — *Angleterre*. — *Autriche-Hongrie*. — *Belgique*. — *Danemark*. — *Espagne*. — *Grèce*. — *Hollande*. — *Italie*. — *Norvège*. — *Portugal*. — *Roumanie*. — *Russie*. — *Suède*. — *Suisse*. — *Turquie*. — *Conclusion*.

Je rechercherai dans les législations qui admettent une *réserve*, quelles sont les personnes qui y ont droit.

*Allemagne. Bavière.* En Bavière, de même qu'en France, la légitime (*Pflichttheil*) appartient en premier lieu aux descendants, à savoir : à l'enfant légitime, à l'enfant légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère, à l'adopté et à ses descendants à l'égard de l'adoptant, mais non à l'égard des ascendants de ce dernier et de sa femme. L'enfant adopté par une femme a un droit de légitime dans la succession de sa mère adoptive, mais non dans la succession des ascendants de l'adoptante. Cette adoption ainsi que l'adoption *minus plena* n'exercent aucune influence sur la légitime que l'adopté peut réclamer dans la succession de ses parents naturels. Quant à la question de savoir si l'adopté conserve pendant l'adoption *plena* son droit à une légitime dans sa famille naturelle, elle est vivement controversée.

Les enfants nés hors mariages ont une légitime à l'égard de la mère, mais non à l'égard de leur père.

La quotité de la portion indisponible est semblable à celle du droit romain : le tiers de la part héréditaire *ab intestat* si le nombre des légitimaires (*Notherben*) ne dépasse pas le chiffre quatre ; la moitié dans le cas contraire. — Le renonçant fait nombre pour le calcul de la légitime ; mais il en est différemment de celui qui a été valablement exhéredé.

Les *Notherben* doivent être institués dans le testament de leur auteur ou exhéredés pour l'une des justes causes énumérées dans l'art. 17 du *Codex Maximilianus bavaricus civilis* ou *Baierisches Landrecht*. Si l'une des formalités prescrites pour l'exhéredation n'a pas été observée, si, par exemple, le testateur a omis d'indiquer le motif qui justifie l'exclusion prononcée contre son enfant, il y a alors lieu à la *querela nulitatis*. Dans le cas où le descendant n'a été institué dans l'acte de dernière volonté que pour une portion inférieure au montant de sa légitime, il ne peut en réclamer que le complément : il jouit à cet égard d'un délai de trente ans.

Lorsque le défunt a porté atteinte à la légitime par des donations entre vifs, les *Notherben* peuvent exercer la *querela inofficiosi donationis* pour les faire rescinder jusqu'à concurrence de leur part légitimaire. La législation bavaroise accorde, en second lieu, une légitime aux ascendants légitimes, à quelque degré qu'ils se trouvent. Quant à l'adoptant, s'il n'est pas un ascendant, il ne jouit de ce droit que dans le cas où l'adopté est mort après sa majorité. La mère adoptive a une légitime. Mais la loi bavaroise ne donne pas de *Phlichte*il aux père et mère naturels.

Les frères et sœurs, ainsi que le conjoint survivant ne peuvent se plaindre de ce que le défunt a épuisé la totalité des biens par des dispositions à titre gratuit <sup>1</sup>.

*Prusse.* En Prusse les libéralités ne peuvent excéder les deux tiers des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un ou deux enfants; la moitié, s'il en laisse trois ou quatre; le tiers, s'il en laisse plus de quatre. Les enfants naturels n'ont pas droit à une légitime à l'égard de leur père, mais il en est différemment à l'égard de leur mère. Ce droit n'existe pas à leur profit vis-à-vis des aïeuls maternels. Parmi les justes causes d'exhérédation d'un descendant je mentionnerai l'attentat à la vie de ses parents, le fait d'avoir porté une accusation contre eux, emportant une peine infamante, le refus de leur fournir des aliments, etc. Notons que dans le cas où un enfant s'est marié sans le consentement de ses parents, ceux-ci ne peuvent lui enlever que la moitié de sa légitime.

Le conjoint contre lequel le divorce est prononcé, doit fournir aux descendants la même légitime que si le mariage s'était dissous par la mort.

La portion indisponible assurée aux ascendants est de la moitié de leur part héréditaire *ab intestat*. Les justes causes pour lesquelles on peut exhériter les ascendants sont les mêmes que pour les descendants.

Une légitime n'existe pas au profit des frères et sœurs. Mais le Code général de la Prusse (*Landrecht*) restreint la liberté de disposer à titre gratuit bien plus que le Code civil français, car il accorde au conjoint survivant une légitime de la moitié de sa portion héréditaire *ab in-*

<sup>1</sup> Voyez Paul Roth. *Bayrisches Civilrecht*. Tubingen 1871, t. III, p. 529, § 342 et suiv.

*testat*. Ce dernier peut néanmoins être exclu partiellement ou totalement de la légitime pour l'une des causes qui justifierait une demande en divorce<sup>1</sup>.

*Saxe*. En Saxe l'art. 2565 du *Bürgerliche Gesetzbuch* détermine les personnes auxquelles appartient le *Pflichttheil* ou légitime. Ce sont les descendants légitimes ou légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère ou par rescrit du prince, les enfants naturels, à l'égard seulement de leur mère, les ascendants et le conjoint du défunt. Cette légitime est fixée pour les premiers, c'est-à-dire pour les descendants, s'ils sont cinq ou davantage à la moitié, et s'ils sont quatre ou moins de quatre, au tiers de ce qu'ils auraient recueilli en l'absence de testament et de pacte successoral (*Welchen die Abkömmlinge als gesetzliche Erben erhalten haben würden, falls der Erblasser ohne einem letzten Willen und ohne einen Erbvertrag gestorben wäre*). art. 2566. La légitime des ascendants y est du tiers de leur part héréditaire *ab intestat*, (art. 2569).

Lorsque le légitimaire a été exhéredé sans juste cause, ou qu'il a été omis ou bien lorsqu'il n'a été institué que pour une portion moindre que sa légitime, l'action qui lui compète est la *hereditatis petitio* ou *judicium familiæ erciscundæ* puisqu'aux termes de l'art. 2589 le légitimaire doit être traité quant à la légitime comme héritier.

Contre les donations inofficieuses, les *Notherben* ont la *querela inofficiosi donationis*, qui ne fait rescinder les libéralités que dans la mesure de la légitime (art. 2603

<sup>1</sup> Voy. G. M. Kletke. *Die Rechts Verhältnisse der Familien in Preussen*. Brandeburg 1878, p. 129 et suiv.

et 2606). Remarquons que le conjoint ne peut attaquer celles que le défunt a faites avant son mariage<sup>1</sup>.

*Angleterre.* En Angleterre, aux Etats-Unis la liberté testamentaire est pleine et entière ; il n'existe rien de pareil à ce que, sous le nom de *réserve*, le Code civil a placé en dehors du pouvoir de disposer du testateur<sup>2</sup>.

*Autriche-Hongrie.* Les personnes auxquelles le testateur est obligé de laisser une part héréditaire par ses dernières volontés sont ses enfants et à leur défaut ses père et mère. Et l'art. 763 du Code Autrichien ajoute que « l'on comprend aussi en règle générale, sous le nom d'enfants, les petits-fils et arrière petits-fils et sous le nom de père et mère, tous les ascendants du moment où ces personnes sont en droit de succéder d'après l'ordre établi pour la succession légitime, il n'y a aucune différence à faire sous ce rapport entre les deux sexes. » La quotité de la légitime est pour les descendants de moitié, celle des ascendants, du tiers.

Les frères et sœurs ainsi que le conjoint n'ont pas de légitime (art. 796).

Les donations qui entament la portion réservée peuvent être attaquées par la *querela inofficiosi donationis*<sup>3</sup>.

Celui qui renonce à la succession ou qui en est exclu

<sup>1</sup> Voy. Siebenhaar. *Commentar zu dem burgerlichen Gesetzbuche fur dar Konigreich Sachsen.* Leipzig, 1869.

<sup>2</sup> Voy. Stephen's. *Commentaries on the laws of England*, t. I, p. 594.

<sup>3</sup> Jos Unger : *System des osterreichischen allgemeine Privatrechts.* Leipzig 1871, t. VI. — Stubenrauch. *Commentar zum allgemeine Oesterreichischen burgerlichen Gesetzbuch summt den dazu erflossene Nachtragsverordnung.* Vienne 1876. — A de Clerg. *Code civil général de l'Empire d'Autriche traduit sur la dernière édition officielle.* Paris 1836.



ou qui a été légalement exhéredé n'a aucun droit à la légitime : il est considéré, en ce qui concerne le calcul de la légitime, comme s'il n'avait jamais existé.

*Belgique.* La Belgique a adopté le Code civil français : par conséquent toutes les personnes qui ont, en France, droit à une réserve, l'auront également en Belgique. M. Laurent nous apprend que les questions relatives à la nature de la réserve, tant débattues en France, ne le sont guère dans son pays, que la jurisprudence est presque muette sur ce point, le caractère héréditaire de la réserve et l'impossibilité de cumuler pour le successible donataire renonçant, la portion disponible et le disponible, ne faisant aucun doute<sup>1</sup>.

*Danemark.* Celui qui a des enfants ne peut disposer que d'un quart de ses biens ; mais les nobles peuvent donner la moitié de leurs biens à l'un de leurs enfants<sup>2</sup>.

*Espagne.* En Espagne on distingue deux sortes d'héritiers : les héritiers nécessaires (*herederos forzosos*) et les héritiers volontaires (*herederos voluntarios*). Sont héritiers nécessaires, en premier lieu, les descendants légitimes. Quant à l'enfant naturel, il n'a la qualité d'héritier nécessaire qu'à l'égard de la mère, en l'absence d'enfants légitimes. Vis-à-vis de son père, il n'est qu'un héritier volontaire. Cependant le père, en l'instituant dans son testament, exclut par là les ascendants, malgré leur qualité d'héritiers nécessaires. Dans le cas où un père ayant un enfant légitime ou un enfant naturel, omet ce dernier dans son testament, l'héritier est tenu de lui fournir des aliments. La quotité de la légitime

<sup>1</sup> Laurent. *Principes de droit civil*, t. XII, n° 34.

<sup>2</sup> Boissonade, *op. cit.* p. 720.

des descendants est en général des quatre cinquièmes des biens. En Catalogne elle est du quart des biens paternels. En Navarre, la liberté du père au point de vue de la disposition de ses biens est à peu près illimitée.

En second lieu sont héritiers nécessaires les ascendants, qui ont droit à une légitime de deux tiers.

Lorsque le défunt dans son testament a passé sous silence son conjoint et que celui-ci n'a pas de biens suffisants, la législation espagnole lui reconnaît le droit de réclamer le quart de la succession de son époux. C'est ce qu'on appelle *la quarte maritale*.

Les frères et sœurs ne peuvent critiquer le testament du défunt que dans le cas où ce dernier leur a préféré une personne infâme (*ome de mala vita o (enfamando)*). De même qu'en droit romain, la *querella del inofficioso testamento* compète aux héritiers nécessaires contre un testament qui les frustre de leurs légitimes espérances. Cette action entraîne la nullité de l'acte de dernière volonté. Cependant si le père a institué son enfant pour une portion inférieure à sa légitime ; celui-ci n'a que l'action en supplément. La *querella del testamento inofficioso* ne compète qu'à ceux qui sont injustement exhéredés. Les justes causes d'exhéredation sont limitativement déterminées par la loi et par conséquent ne sont pas susceptibles d'être étendues par voie d'analogie.

La loi espagnole permet au père d'avantager l'un de ses descendants au préjudice des autres : « Il a le droit de disposer au profit de l'un ou de plusieurs de ses enfants d'un tiers des quatre cinquièmes réservés et d'ajouter ainsi à la part qui leur revient de plein droit à titre de légitime <sup>1</sup>. » Notons d'une part que tandis que le père

<sup>1</sup> Voy. Lebr. *Eléments de droit civil espagnol*, 1880.

ne peut avantager que ses enfants légitimes, la mère jouit de la même faculté à l'égard des enfants naturels ; mais il en est différemment en ce qui concerne les enfants sacrilèges, c'est-à-dire ceux qui sont nés du commerce d'une personne ayant fait des vœux solennels avec une autre qui est engagée ou non dans les mêmes liens. Ils ne peuvent rien recevoir de leurs parents. D'autre part, il n'est pas permis au père de faire entre vifs aucune libéralité ni expresse ni tacite à sa fille.

L'héritier donataire qui renonce est tenu au rapport jusqu'à concurrence de ce dont la donation excède la double quotité disponible du cinquième et du tiers.

*Grèce.* Pour ce qui concerne la Légitime, on suit encore en Grèce les Novelles de Justinien, où il est tenu compte du nombre des enfants et des descendants<sup>2</sup>.

*Hollande.* Le Code des Pays-Bas a reproduit à la lettre la réserve du Code civil français.

*Italie.* En Italie, lorsque le testateur laisse des enfants légitimes, légitimés adoptifs et leurs descendants, il ne peut disposer que de la moitié de ses biens ; les descendants des enfants ne comptent que pour l'enfant qu'ils représentent. — Lorsqu'il laisse seulement des ascendants, il ne peut disposer que des deux tiers de ses biens ; le tiers formant la portion légitime revient au père et à la mère par portion égale, et à défaut de l'un d'eux, elle revient entièrement à l'autre.

Lorsque le testateur ne laisse ni père, ni mère, mais des ascendants dans la ligne paternelle et maternelle, la légitime appartient par moitié aux uns et pour l'autre moitié aux autres, s'ils sont à un degré égal ; s'ils sont

<sup>2</sup> Anthoine de Saint-Joseph. *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon* 1856, t. II.

à un degré inégal, elle appartient en entier aux plus proches de l'une ou de l'autre ligne.

Les frères et sœurs n'y ont pas de légitime. Le conjoint survivant a une portion légitimée en usufruit : elle est d'une part d'enfant légitime en face de successibles de cette qualité ; elle ne peut jamais excéder le quart, et elle peut y être inférieure : elle est d'un quart en face d'ascendants ; elle est du tiers en face de successibles non légitimaires.

Lorsque le testateur laisse des enfants légitimes et des enfants naturels légalement reconnus, ces derniers ont droit à la moitié de la quotité qu'ils auraient s'ils étaient légitimes ; ils ont droit aux deux tiers de la quotité qui leur serait échue, s'ils étaient légitimes, dans le cas où il n'y a ni descendants, ni ascendants.

L'héritier donataire ne peut pas cumuler sa part dans la réserve et le disponible ; l'art 1003 est formel : *L'erede che renunzia alla successione puo tuttavia ritenere la donazione o demandare il legato a lui fatto, fina alla concorrenza delle porzione disponibile ; ma non puo ritenere o conseguire nulla a titolo di legitima*<sup>1</sup>.

*Norvège.* M. Boissonade nous apprend qu'en Norvège le droit de tester, au cas d'enfants, est porté par ces lois à une moitié des biens ; mais il paraît que cette quotité ne s'applique qu'aux fondations pieuses.<sup>2</sup>

*Portugal.* La législation portugaise accorde une légitime aux descendants et aux ascendants. La légitime des premiers est de deux tiers des biens du testateur : on divise la succession, dettes déduites, en trois parties égales : les deux tiers constituent la légitime des héri-

<sup>1</sup> Voy. M. Huc. *Le Code civil italien et le Code Napoléon* 1868, 2 vol.

<sup>2</sup> Alberto Aguilera y Velasco. *Código civil portugués*. Madrid 1879.

tiers légitimaires et sont divisés entre eux d'après les règles de la succession ab intestat ; le troisième, forme la quotité disponible (art. 1784). — Si le testateur a en même temps des enfants légitimes ou légitimés et des enfants adoptifs, on suit les règles suivantes. 1° Si les enfants adoptifs existaient au moment du mariage du testateur, leur légitime est d'un tiers. 2° Si l'adoption a eu lieu postérieurement au mariage, la légitime des enfants adoptifs est égale à celle des enfants légitimes.

La légitime des père et mère est de deux tiers de la succession ; celle des autres ascendants de la moitié seulement.

*Roumanie.* La réserve n'appartient en Roumanie qu'aux descendants et aux ascendants. Parmi les descendants il faut comprendre les enfants légitimes, légitimés ou adoptés. Quant aux enfants naturels, ils n'ont aucun droit de succession envers le père, car aucune loi ne leur accorde un pareil droit. Ils n'ont pas de droits aux aliments non plus, puisqu'aucun texte ne pose cette obligation pour le père et qu'un devoir de droit naturel n'a d'existence juridique qu'alors que la loi le consacre. D'où la conséquence qu'ils n'ont pas de réserve. Au contraire à l'égard de la mère ils jouissent des mêmes droits que les enfants légitimes. Notons qu'il n'y a dans la loi romaine aucune différence entre les enfants naturels simples et les enfants adultérins et incestueux. Aucun texte ne reproduit les articles 335, 347 762 du Code civil français, et l'art. 304 qui a copié l'article 331 du Code français et a retranché les mots : « autres que ceux nés d'un commerce adultérins ou incestueux. » Donc les enfants naturels simples et les en-



fants adultérins et incestueux peuvent réclamer, vis-à-vis de la mère, une réserve.

Quant à la quotité de la portion indisponible elle est, pour les descendants exactement, la même que celle du Code civil français.

En ligne ascendante il n'y a que le père et la mère qui ont une réserve: la réserve n'appartient pas aux autres ascendants. M. Boissonade prétend le contraire, mais à tort: voici comment est conçu l'art. 843 du Code Roumain: « les libéralités, par actes entre vifs ou par testament, ne peuvent excéder la moitié des biens si, à défaut d'enfants, le défunt laisse son père et sa mère, ou seulement l'un d'eux. » La quotité de cette réserve est toujours de la moitié alors même que le défunt ne laisse que son père ou sa mère. A défaut de descendants et d'ascendants, le défunt peut épuiser, par des libéralités, la totalité de ses biens. Le conjoint a bien un droit de succession en Roumanie, mais il n'a pas de réserve.

*Russie.* En Russie on distingue les *acquêts* et les biens patrimoniaux, c'est-à-dire ceux qu'on n'a pas acquis par soi-même, mais que l'on a recueillis dans la succession légitime d'un membre de sa famille, descendant, ascendant ou parent collatéral. Le père peut librement disposer des premiers. Au contraire les seconds ne peuvent être l'objet d'une disposition testamentaire, excepté au cas du décès sans postérité. En Esthonie, l'indisponibilité s'étend même à la fortune mobilière acquise par héritage: le propriétaire ne peut en disposer par testament au préjudice des héritiers légitimes, sans leur consentement préalable. — L'indisponibilité existe au profit des descendants et des ascendants. La veuve reçoit

ab intestat un septième des immeubles du mari et un quart des meubles, qu'il y ait ou non des enfants ; cette portion est une réserve sur les biens patrimoniaux : elle ne peut être enlevée à la femme que par des donations ou des legs faits à des étrangers, que pour les biens *acquis* <sup>1</sup>.

*Suède.* La faculté de tester n'est pas la même dans les villes et dans les campagnes : dans les villes la quotité de la légitime est du sixième des biens s'il y a des enfants ; à leur défaut, elle est des  $\frac{3}{8}$ . Dans les campagnes, on ne peut disposer que des meubles ; les biens patrimoniaux sont réservés <sup>2</sup>.

*Suisse.* Dans les cantons de *Neuchâtel* et de *Vaud*, la légitime est de la moitié des biens du disposant, s'il y a des enfants ou descendants légitimes, quel que soit leur nombre. Les enfants naturels ont une réserve égale à la moitié de celle des enfants légitimes, s'ils viennent à la succession à côté d'enfants légitimes, elle est égale à la légitime, s'il n'y a pas d'enfants issus du mariage du défunt. A *Fribourg*, la légitime des enfants légitimes et naturels est des trois-quarts. Les ascendants n'y ont pas droit à une réserve. — A défaut de descendants le disposant peut épuiser la totalité de ses biens par des libéralités. Toutefois le conjoint survivant ne peut être privé de l'usufruit de la légitime réservée à ses enfants dans les biens du prédécédé ou de ceux des père et mère de celui-ci.

A *Berne* le conjoint survivant est héritier nécessaire, comme le descendant. La légitime de la femme et des

<sup>1</sup> Lehes. *Eléments de droit civil russe.*

<sup>2</sup> Boissonade, p. 720.

enfants dans la succession du père est des deux tiers, déduction faite de sa fortune et des dettes.

A *Genève* les libéralités ne peuvent excéder la moitié des biens du disposant. s'il laisse à son décès un seul enfant légitime ou naturel : le tiers, s'il en laisse deux, le quart s'il en laisse trois ou plusieurs. La quotité disponible est de moitié, si à défaut d'enfant légitime ou naturel, le défunt laisse des ascendants de chacune des lignes paternelle et maternelle : de trois quarts, s'il ne laisse d'ascendants que dans une des lignes (loi du 5 sept. 1874 modif. l'art. 913 du Cod. civil.)

A *Soleure* une personne ne peut disposer que du quart de sa fortune ; s'il y a des ascendants, des frères ou sœurs ou des descendants d'eux la quotité disponible est de la moitié : « Un conjoint, nous dit M. Lardy, peut par testament retirer à l'autre la moitié de ses droits successoraux sur les apports du prédécédé et sur le tiers des acquêts ainsi que la moitié de ses droits d'usufruit <sup>1</sup>. »

A *Zurich*, le testateur qui a des enfants ne peut disposer que d'un sixième de sa fortune en faveur d'étrangers, (d'un cinquième si ses dispositions sont en faveur de l'un des enfants) ; s'il laisse son père et sa mère, d'un quart ; des frères et sœurs, d'un tiers, des descendants des frères et sœurs, d'une moitié ; des grands parents, de deux tiers ; des oncles, tantes ou cousins germains, des quatre cinquièmes. La réserve de l'époux survivant est fixée aux trois quarts de sa part héréditaire.

A *Lucerne* la réserve est des quatre cinquièmes pour les descendants ; de la moitié pour les père et mère et

<sup>1</sup> Voy. Lardy. *Les législations civiles des cantons suisses en matière de tutelle, de régime matrimoniale quant aux biens et de successions.* Paris, Genève, Neuchâtel. 1877.

les descendants légitimes du père du défunt : au-delà les libéralités pour cause de mort peuvent épuiser la totalité des biens. Toutefois on doit laisser au conjoint, au moins l'usufruit du quart de la succession. Le père ou la mère qui veut avantager le plus possible l'un de ses enfants, peut lui donner d'abord le cinquième dont il peut disposer même en faveur d'un tiers et ensuite enlever aux autres enfants un tiers de la succession, pour l'attribuer à l'enfant préféré. Un enfant naturel peut recevoir un legs qui égale la moitié d'une part d'enfant légitime.

A *Schaffouse*, il est absolument interdit, tant qu'il existe de parents de sang de disposer de plus du tiers des biens parvenus au testateur par succession légitime, ou en vertu du testament d'une personne dont il eût été l'héritier alors même que le testateur n'eût pas existé. La famille doit recevoir les deux tiers de ces biens d'héritages et c'est seulement lorsqu'il existe dans la fortune du testateur plus des deux tiers qu'il est permis de disposer du surplus dans des limites qui varient suivant la qualité des héritiers.

A *Bâle Ville et Campagne*, il n'existe pas de quotité disponible quand le défunt laisse des descendants.

*Turquie*. En Turquie, on peut disposer par donations entre vifs de la totalité de ses biens. Mais cette liberté n'existe pas pour un testateur. Celui-ci ne peut pas par un testament enlever aux héritiers du sang leurs légitimes espérances. Il doit leur laisser une portion de biens. Cette portion est fixée au tiers des biens existants au moment du décès. Elle est invariable, quelle que soit la qualité des héritiers descendants, ascendants, collatéraux. Notons que les héritiers, ceux qui viennent à la

succession du testateur, ne peuvent recevoir ni legs ni donation. Ce n'est qu'à défaut d'héritiers qu'il est permis au testateur d'épuiser la totalité de ses biens par legs <sup>1</sup>.

*Conclusion.* — Dans ce travail je n'ai étudié que deux points de la difficile matière de la réserve : la nature de la réserve et les personnes qui y ont droit.

En ce qui touche le premier point, nous avons vu que la réserve n'étant qu'une portion de la succession *ab intestat*, il en résulte à cette conséquence que l'héritier donataire qui renonce à l'hérédité du donateur ne peut pas retenir sa part dans la réserve, ne jouit pas de la faculté de cumuler la quotité disponible et la quotité indisponible. Mais nous savons qu'une pareille doctrine amène ce résultat que l'héritier gratifié qui renonce, devant imputer sa libéralité sur la quotité disponible, le droit du père de disposer entièrement du disponible se trouve par là anéanti ou du moins restreint dans de larges portions. En législation, le meilleur système serait, je crois, celui qui déciderait que l'héritier qui renonce à la succession ne pourra retenir la libéralité ni comme réservataire, ni comme donataire, puisque le père en faisant une donation à son enfant a évidemment l'intention de lui procurer seulement par avance la jouissance de la part que ce dernier est appelé à recueillir plus tard, à sa mort, et que dans son intention la libéralité qu'il fait doit s'imputer sur la part héréditaire, c'est ce que propose aussi M. Laurent dans son *Avant-propos de révision du Code civil* <sup>2</sup>. « De

<sup>1</sup> Voy. Gatteschi, *Manuale di diritto pubblico e privato ottomano*, edito per cura dei sigg Castelnovo et Leoncavalle. Alexandria die Egillo 1864. — Nic. V. Tornauw. *Das Moselmische Recht aus dem Quellen dargestellt*. Leipzig 1855.

<sup>2</sup> P. 591.



cette manière, dit-il, la loi sauvegarde tous les droits et tous les intérêts. L'héritier donataire ne peut pas se plaindre, car la loi conserve la libéralité telle que la donation l'a entendu, c'est-à-dire une dotation de jouissance. » Cette solution présente d'une part cet avantage que le père conservera l'entière disposition de la quotité disponible et de l'autre elle prévient les renonciations à sa succession et par là elle évite le blâme qui résulte toujours, pour la mémoire du défunt, de la répudiation de sa succession.

En ce qui concerne les personnes qui ont droit à une réserve, je pense que législativement, la réserve des ascendants devrait être remplacée par un simple droit d'usufruit, droit assuré à l'encontre de tous les collatéraux. — M. Laurent, après avoir accordé au conjoint, un droit de succession ab intestat, propose de lui reconnaître également un droit de réserve dont le montant varierait d'après la qualité des héritiers en présence desquels l'époux survivant se trouvera. Voici comment est conçu son article 877 : « Lorsque le défunt laisse des enfants et un conjoint, celui-ci sera compté pour un enfant dans le calcul de la quotité disponible ; mais il n'aura que l'usufruit de sa part. — Si le conjoint concourt avec des ascendants, la portion disponible ordinaire sera réduite d'un quart au projet de l'époux réservataire. — S'il n'y a que des collatéraux, la réserve de l'époux sera de la moitié des biens<sup>1</sup>. »

Je ne pense pas qu'il faille accorder une réserve au conjoint. Si l'enfant a droit à une réserve, c'est que sa naissance impose aux ascendants le devoir de pourvoir à son existence ; si l'enfant doit laisser une part de sa

<sup>1</sup> Avant-projet, p. 479.

succession aux ascendants, c'est par devoir et par reconnaissance. « L'époux, dit excellement M. Boissonade, a été enfant lui-même, il a eu le bénéfice de la réserve héréditaire dans sa famille ; il n'est pas entré isolé et sans appui dans la famille de son conjoint, la responsabilité de ce dernier est moindre<sup>1</sup>. »

<sup>1</sup> Boissonade, *op. cit.* p. 552.

---



## POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

### 1<sup>o</sup> Droit romain.

I. — *La querela inofficiosi testamenti* était une espèce de pétition d'hérédité.

II. — *La querela inofficiosi testamenti* n'appartenait pas aux enfants nés *ex concubinato*.

III. — Même après la Novelle XVIII de Justinien, *le légitime* conserva son caractère individuel.

IV. — A l'origine la *querela inofficiosæ donationis* supposait non seulement le préjudice, mais la fraude.

### 2<sup>o</sup> Droit français.

I. — L'héritier donataire qui renonce à la succession du donateur ne peut cumuler la quotité disponible et sa part dans la réserve.

II. — L'enfant renonçant ne fait pas nombre pour la fixation du montant de la réserve.

III. — Les descendants de l'adopté n'ont pas de droit à une réserve dans la succession de l'adoptant.

IV. — Les père et mère naturels ont une réserve dans la succession de leur enfant.

## POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THESE

## 1° Droit romain.

I. — En cas de l'inexécution de l'obligation la *stipulatio pœnæ* n'était encourue qu'autant que le débiteur était en faute.

II. — L'usucapion n'exigeait à l'origine du droit romain ni *justa causa*, ni *bona fides*.

III. — L'usufruitier acquérait les fruits non en vertu d'une *tradition* faite par le nu-propriétaire, mais par un droit d'*occupation*.

IV. — En changeant de nom et de forme les *prescriptiones pro reo* n'ont pas changé de nature et d'effets.

V. — Le soldat romain pendant qu'il était sous les drapeaux, pouvait se marier.

## 2° Droit français.

I. — Les enfants nés hors mariage de deux personnes qui ne pouvaient se marier ensemble pour cause de parenté ou d'alliance, qu'en vertu d'une dispense du chef de l'Etat, ne sont pas légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère contracté avec dispenses.

II. — L'art. 848 Code civil s'applique au régime dotal : le mari ne peut donc intenter seul l'action en partage des biens dotaux échus à la femme par succession.

III. — Le Code civil a consacré la maxime : *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*.

IV. — Sous le régime de la communauté, le mari peut valablement, avec le consentement de sa femme, faire les donations qui lui sont défendues par l'art. 1422. Code civil.



## MATIERES DIVERSES

I. — Le Sénat a le droit de rétablir, dans la loi de finances, les crédits supprimés par un vote de la chambre des députés.

II. — Dans la République, comme dans la Monarchie l'existence de deux chambres est nécessaire.

III. — Les impôts directs sont préférables aux impôts indirects.

IV. — L'étranger condamné par les tribunaux de sa nation à raison d'un crime commis en France, peut-être poursuivi de nouveau en France pour le même fait.

V. — L'extradé qui a été acquitté ou qui a subi sa peine, ne peut être livré, à une puissance tierce, par le gouvernement requérant, sans l'autorisation du pays qui l'a livré.

VI. — L'individu condamné à une peine afflictive et infamante temporaire et frappé d'interdiction légale par suite de sa condamnation, peut valablement tester.

VII. — Le Préfet de Police à Paris et les préfets des départements ont le droit de saisir, dans les bureaux des postes, toutes les lettres dont la connaissance leur paraît utile à l'instruction ouverte contre un inculpé.

*Vu par le doyen,*  
COLMET DE SANTERRÉ

*Vu par le Président de la thèse,*  
E. GARSONNET

VU ET PERMIS D'IMPRIMER

*Le vice-recteur de l'Académie de Paris,*  
GRÉARD



# TABLE DES MATIÈRES

## DROIT ROMAIN

### De la querela inofficiosi testamenti et de la légitime.

|                                                                                                                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| LISTE DES AUTEURS CITÉS . . . . .                                                                                                                                                 | 1   |
| INTRODUCTION . . . . .                                                                                                                                                            | 5   |
| CHAPITRE I. — Origine et nature de la <i>querela inofficiosi testamenti</i> . Sa procédure . . . . .                                                                              | 27  |
| <i>Section I.</i> — Origine et nature . . . . .                                                                                                                                   | 27  |
| <i>Section II.</i> — De la procédure . . . . .                                                                                                                                    | 43  |
| CHAPITRE II. — Des testaments inofficieux qui ne peuvent être attaqués par la <i>querela inofficiosi testamenti</i> . — Des personnes auxquelles appartient cette action. . . . . | 61  |
| <i>Section I.</i> — Des testaments inofficieux qui ne peuvent être attaqués par la <i>querela</i> . . . . .                                                                       | 68  |
| <i>Section II.</i> — Des personnes auxquelles appartient la <i>querela</i> . . . . .                                                                                              | 68  |
| § I <sup>er</sup> . — Les descendants . . . . .                                                                                                                                   | 69  |
| § II. — Les ascendants . . . . .                                                                                                                                                  | 85  |
| § III. — Les collatéraux . . . . .                                                                                                                                                | 94  |
| CHAPITRE III. — De la dévolution de la <i>querela inofficiosi testamenti</i> . — Des personnes contre lesquelles s'intente cette action . . . . .                                 | 105 |
| <i>Section I.</i> — De la dévolution de la <i>querela</i> . . . . .                                                                                                               | 105 |
| <i>Section II.</i> — Des personnes contre lesquelles s'intente la <i>querela</i> . . . . .                                                                                        | 112 |
| CHAPITRE IV. — Des conditions exigées par le succès de la <i>querela</i> . . . . .                                                                                                | 117 |

|                                                                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Section I. — De l'existence d'un autre recours que la <i>querela</i> . . . . .                                       | 117 |
| Section II. — Des justes causes d'exhérédation ou d'omission . . . . .                                               | 124 |
| Section III. — De la <i>légitime</i> . . . . .                                                                       | 132 |
| CHAPITRE V. — Des effets de la <i>querela inofficiosi testamenti</i> . .                                             | 179 |
| Section I. — Du rejet de la <i>querela</i> . . . . .                                                                 | 179 |
| Section II. — Rescision totale du testament . . . . .                                                                | 183 |
| Section III. — Rescision partielle du testament . . . . .                                                            | 197 |
| Section IV. — De l'accroissement dans la <i>querela</i> . . . .                                                      | 208 |
| CHAPITRE VI. — Des modes d'extinction de la <i>querela inofficiosi testamenti</i> . . . . .                          | 213 |
| Section I. — De la renonciation à la <i>querela</i> . . . . .                                                        | 213 |
| Section II. — De l'expiration du délai de cinq ans . . .                                                             | 226 |
| Section III. — La mort du <i>querelans</i> . . . . .                                                                 | 231 |
| CHAPITRE VII. — Des modifications apportées par les nouvelles, aux règles de la <i>légitime et de la querela</i> . . | 236 |
| Section I. — Nouvelle XVIII . . . . .                                                                                | 236 |
| Section II. — Nouvelle CXV . . . . .                                                                                 | 269 |
| CHAPITRE VIII. — Des <i>donations inofficieuses</i> . . . . .                                                        | 279 |

## DEUXIÈME PARTIE

### Ancien droit français.

|                                                                                                                                                                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| LISTE DES AUTEURS CITÉS. . . . .                                                                                                                                                                          | 297 |
| ANCIEN DROIT DE LA FRANCE, DEPUIS LA CONQUÊTE DE LA GAULE PAR LES ROMAINS, JUSQU'A LA RÉVOLUTION DE 1789. DIVISION..                                                                                      | 305 |
| CHAPITRE I. — Comment la famille était-elle protégée, contre les actes à titre gratuit de son chef, depuis la conquête de la Gaule par les Romains, jusqu'à la rédaction des Coutumes au seizième siècle. | 306 |
| CHAPITRE II. — Pays de Coutumes . . . . .                                                                                                                                                                 | 338 |
| Section I. — De la <i>réserve coutumière</i> . . . . .                                                                                                                                                    | 338 |
| Section II. — De la <i>légitime de droit</i> . . . . .                                                                                                                                                    | 366 |
| CHAPITRE III. — Pays de droit écrit. De la <i>légitime</i> . . . . .                                                                                                                                      | 441 |

## TROISIÈME PARTIE

**Droit intermédiaire . . . . . 479**

## QUATRIÈME PARTIE

**Code civil.**

|                                                                                                                                                                                                            |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| PRÉLIMINAIRE . . . . .                                                                                                                                                                                     | 505 |
| NATURE DE LA RÉSERVE LÉGALE . . . . .                                                                                                                                                                      | 517 |
| CHAPITRE I. — Peut-on réclamer la réserve par voie d'action,<br>sans se porter héritier . . . . .                                                                                                          | 518 |
| CHAPITRE II. — Le réservataire donataire ou légataire, peut-il<br>en renonçant à la succession pour s'en tenir à<br>son don ou legs, cumuler la quotité disponible<br>et sa part dans la réserve . . . . . | 538 |
| CHAPITRE III. — Histoire de la jurisprudence sur le droit de ré-<br>tention de l'héritier gratifié qui renonce à la<br>succession . . . . .                                                                | 615 |
| CHAPITRE IV. — Le réservataire qui renonce à la succession<br>fait-il nombre pour la fixation du montant de<br>la réserve . . . . .                                                                        | 652 |
| DES PERSONNES QUI ONT DROIT A LA RÉSERVE LÉGALE. DIVISION.                                                                                                                                                 | 678 |
| CHAPITRE I. — Des descendants qui ont droit à une réserve . .                                                                                                                                              | 679 |
| CHAPITRE II. — Des ascendants qui ont droit à une réserve. .                                                                                                                                               | 721 |
| CHAPITRE III. — De la réserve et du disponible quand il y a un<br>ascendant donateur. . . . .                                                                                                              | 754 |
| CHAPITRE IV. — Le législateur a-t-il eu raison ou tort de refu-<br>ser une réserve aux collatéraux? . . . . .                                                                                              | 783 |
| APPENDICE. — Aperçu sur les principales législations de l'Eu-<br>rope . . . . .                                                                                                                            | 789 |
| POSITIONS . . . . .                                                                                                                                                                                        | 807 |













---

SAINT-AMAND

*Imprimerie et stéréotypie de Destenay*

---